Série A N° 104 UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LA RESPONSABILITÉ DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le 5 Juillet 1937

PAR

Erwin PRÉVÔT

Jury de la Thèse :

Président : M. PRÉLOT, Professeur.
Suffragants : MM. CAPITANT, Professeur.
EISENMANN, Professeur.

PARIS
LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais - Palais Royal
—
1937

LA RESPONSABILITÉ

DES

ÉTABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS

Série A N° 104 UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LA RESPONSABILITÉ DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le 5 Juillet 1937

PAR

Erwin PRÉVÔT

Jury de la Thèse :

Président : M. PRÉLOT, Professeur.
Suffragants : MM. CAPITANT, Professeur.
EISENMANN, Professeur.

PARIS
LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais - Palais Royal

1937

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Les caractères de l'établissement public hospitalier et de la responsabilité hospitalière

Pages

CHAPITRE PREMIER. — LES CARACTÈRES DE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER. 3

***Section I.* — La définition et la personnalité de l'établissement public hospitalier.** 3

***Section II.* — Les différents établissements publics hospitaliers** 6

§ 1. — *Les services hospitaliers constitués en établissements publics* 6

I. — Etablissements nationaux hospitaliers 7

II. — Etablissements régis par les lois du 7 août 1851 et du 5 août 1879 7

§ 2. — *Les services publics hospitaliers non constitués en établissements publics* 11

§ 3. — *Les particularités des services non constitués en établissements publics quant à la responsabilité* 15

§ 4. — *L'évolution des établissements publics hospitaliers* 16

***Section III.* — La fonction du service public hospitalier** 20

§ 1. — *L'imprécision actuelle de cette fonction* 20

§ 2. — *Les limites du service public hospitalier. Sa spécialité* .. 25

I. — Portée du principe de spécialité 26

II. — Situation des établissements publics hospitaliers 28

1) Services d'hospitalisation 28

a) L'admission des malades payants 28

b) L'admission des malades ambulants 34

2) Services accessoires de l'hospitalisation 34

III. — Sanctions du principe 35

Pages

CHAPITRE II. — LES CARACTÈRES DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE 36

Section I. — **Les caractères généraux de la responsabilité de l'établissement public hospitalier** 36

Section II. — **Les caractères spécifiques de la responsabilité hospitalière.** 37

§ 1. — *La complexité de la vie hospitalière* 38

§ 2. — *La technicité du service public hospitalier* 44

Section III. — **Les caractères nouveaux du problème de la responsabilité des services publics hospitaliers** 46

CONCLUSION ET PLAN 49

PREMIÈRE PARTIE

Les principes de la responsabilité hospitalière

TITRE I. — *LA RESPONSABILITE POUR FAUTE* 53

CHAPITRE III. — LE CARACTÈRE ADMINISTRATIF DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE 55

Section I. — **L'historique de la responsabilité administrative des établissements publics hospitaliers** 55

§ 1. — *Les situations non contractuelles* 55

§ 2. — *Les situations contractuelles* 58

Section II. — **Les domaines respectifs de la responsabilité administrative et de la responsabilité de droit commun** 61

§ 1. — *L'absence de critères formels* 61

I. — Modes d'action administratifs 61

II. — Indétermination formelle des modes d'action administratifs 62

III. — Relations entre les modes d'action et la nature des droits exercés 63

IV. — Principe de la distinction de la responsabilité administrative 65

§ 2. — *La distinction des droits de personne privée et des prérogatives de puissance publique* 66

I. — Droits de personne privée 66

II. — Droits de puissance publique 68

1) Leur nature, leur origine, leur but 69

2) Leurs limites 69

Pages

§ 3. — *Le domaine de l'exercice des droits privés et des prérogatives de puissance publique par les établissements publics hospitaliers* 71

I. — Cas où les établissements publics hospitaliers exercent obligatoirement leurs prérogatives de puissance publique. 72

II. — Cas où ils doivent employer les modes du droit privé... 75

1) Actes réservés au droit privé en vertu de leur nature.... 76

2) Actes accomplis et gestions assurées sans recours à la prérogative de puissance publique 76

1° Gestions privées accessoires au service public hospitalier 77

2° Gestions privées se confondant avec le service public hospitalier 77

a) La distinction des services publics industriels et des services publics tout court..... 78

b) L'établissement public hospitalier ne répond pas aux desiderata du service public industriel.... 81

c) Etat de la jurisprudence en matière hospitalière. 83

§ 4. — *Critique du critère de la nature des droits exercés*.... 87

CHAPITRE IV. — LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE. 91

***Section I.* — Les domaines respectifs de la responsabilité pour faute, pour risque et pour enrichissement sans cause**..... 92

§ 1. — *Le principe de la responsabilité administrative : la faute de service* 92

§ 2. — *La responsabilité pour risque* 94

§ 3. — *La responsabilité pour enrichissement sans cause*..... 98

***Section II.* — Les conditions de succès de la responsabilité pour faute.** 99

§ 1. — *La faute de service* 99

I. — Faute de service et faute personnelle..... 100

II. — Non-cumul des responsabilités pour faute personnelle et pour fait de service 101

§ 2. — *Le dommage* 103

***Section III.* — Les limites de la responsabilité résultant du droit commun administratif**. 105

§ 1. — *Le cas fortuit et la force majeure* 105

§ 2. — *La faute concomitante de la victime* 106

§ 3. — *Les recours contre l'auteur fautif* 107

I. — Recours de l'administration contre les tiers en cas de dommages causés au personnel 107

II. — Recours de l'administration contre le personnel 109

Pages

Section IV. — **Les effets de la responsabilité hospitalière** 109

CHAPITRE V. — LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE 112

Section I. — **La compétence juridictionnelle** 112
§ 1. — *En matière contractuelle* 113
§ 2. — *En matière non contractuelle* 116

Section II. — **La compétence respective du Conseil d'Etat et des Conseils interdépartementaux de Préfecture** 117

Section III. — **Les recours** 119

Section IV. — **L'exécution des décisions juridictionnelles contre l'administration hospitalière** 122

TITRE II. — *LA RESPONSABILITE POUR VIOLATION DE LA REGLE DE DROIT* 125

CHAPITRE VI. — LES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DE LA RÈGLE DE DROIT QUANT A LA RESPONSABILITÉ 127

Section I. — **L'usurpation de pouvoir, cause de responsabilité** 127
§ 1. — *La définition de l'usurpation* 127
§ 2. — *Les effets de l'usurpation quant à la responsabilité* 130

Section II. — **L'excès de pouvoir, cause de responsabilité** 132
§ 1. — *La définition de l'excès de pouvoir* 132
§ 2. — *Les conséquences de l'excès de pouvoir quant à la responsabilité* 134
I. — L'excès de pouvoir cause de responsabilité 134
II. — Conditions de la responsabilité en cas d'excès de pouvoir 136
1) Annulation de l'acte entâché d'excès de pouvoir 137
2) Nécessité d'une faute de service 138
3) Nécessité de l'exécution de la décision irrégulière 139

Section III. — **Le relâchement dans l'application des lois et règlements et ses conséquences quant à la responsabilité** 141

CHAPITRE VII. — L'IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT A RAISON DE LA LOI ET DES RÈGLEMENTS ÉDICTÉS PAR D'AUTRES SERVICES ADMINISTRATIFS 143

Section I. — **L'activité législative** 143
Section II. — **Les règlements pris par les autres services administratifs.** 144

Pages

TITRE III. — *LES LIMITES DE LA RESPONSABILITE RESULTANT DE LA REPRESENTATION ET DE LA TUTELLE*. 147

CHAPITRE VIII. — LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA REPRÉSENTATION 149

Section I. — **La personne morale et l'organe** 149

Section II. — **La responsabilité du fait des décisions prises par des commissions administratives irrégulières ou irrégulièrement constituées.** 151

§ 1. — *Distinction de l'usurpation et de l'excès de pouvoir*..... 151

§ 2. — *La couverture de l'acte vicié* 152

I. — L'organe régulier n'entend pas maintenir la décision.. 152

II. — L'organe entend confirmer l'acte irrégulier..... 154

Section III. — **La responsabilité pour les actes des agents, accomplis en dehors de leur compétence**..... 155

§ 1. — *En matière contractuelle* 156

§ 2. — *En matière non-contractuelle* 159

Section IV. — **La responsabilité pour l'activité des gestionnaires de fait.** 159

CHAPITRE IX. — LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE.. 161

Section I. — **La tutelle administrative**..... 161

§ 1. — *Les principes de la tutelle* 161

§ 2. — *Le contenu de la tutelle* 163

Section II. — **Les répercussions du défaut d'approbation préfectorale sur la responsabilité de l'établissement qui passe néanmoins à l'exécution.** 168

§ 1. — *En matière non contractuelle* 169

§ 2. — *En matière contractuelle* 170

Section III. — **La responsabilité de l'autorité de tutelle en tant qu'elle limite celle de l'établissement public hospitalier**..... 173

DEUXIÈME PARTIE

Les particularités de la responsabilité hospitalière vis-à-vis des différentes catégories de personnes en rapport avec l'établissement public

TITRE I. — *LA RESPONSABILITE ENVERS LES USAGERS DU SERVICE* 183

Pages

CHAPITRE X. — LES RAPPORTS DE L'ADMINISTRATION HOSPITALIÈRE AVEC LES USAGERS 185

Section I. — **Les usagers de droit ou de fait et les intermédiaires entre les usagers et l'administration** 185

§ 1. — *Les catégories légales d'usagers* 185

I. — Aliénés 186

II. — Malades indigents 187

1) Malades admis en vertu de la loi du 7 août 1851 187

2) Malades admis en vertu de la loi du 15 juillet 1893 188

III. — Accidentés du travail 189

IV. — Enfants assistés 189

V. — Vieillards, infirmes et incurables 191

VI. — Invalides militaires 191

VII. — Assurés sociaux 192

§ 2. — *La population de fait des établissements publics hospitaliers* 193

Malades payants 194

§ 3. — *Les intermédiaires entre les usagers et l'administration et les ayants droit des usagers* 195

I. — Parents de l'usager 195

II. — Personnes entrant en rapport avec l'administration hospitalière en vertu d'un principe de représentation juridique de l'usager 196

Section II. — **La nature des rapports juridiques entre l'administration hospitalière et ses usagers, leurs représentants et ayants droits** 198

§ 1. — *Les relations entre l'établissement hospitalier et ses usagers* 199

I. — Situations réglementaires 199

1) Usagers visés par la loi 199

2) Usagers admis par le règlement hospitalier : Malades payants et malades ambulants 200

1° Intérêt de la question 201

2° Indifférence des caractères particuliers des malades payants quant à sa solution 202

3° Solution dictée par les principes de l'action administrative 206

II. — Situations contractuelles 207

§ 2. — *Les relations avec les ayants droit et représentants des usagers* 208

Section III. — **La nature des droits des usagers** 210

§ 1. — *Les droits des usagers en général* 212

Pages

§ 2. — *Les droits des différentes catégories d'usagers des établissements publics hospitaliers* 213

I. — Conditions du droit au secours 213

II. — Droits des différentes catégories d'hospitalisés 215

1) Aliénés 215
2) Malades indigents 215
3) Accidentés du travail 216
4) Enfants assistés 217
5) Vieillards, infirmes et incurables 217
6) Assurés sociaux 218

CHAPITRE XI. — LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION OU DE LA MAUVAISE EXÉCUTION DE LA PRESTATION HOSPITALIÈRE 220

***Section I.* — Les principes permettant de caractériser la faute de service** 220

§ 1. — *La réalisation du but du service hospitalier* 221

§ 2. — *Limites résultant des moyens dont dispose l'administration* 223

§ 3. — *Les conséquences quant à la responsabilité hospitalière du principe du service public égal pour tous* 224

***Section II.* — La responsabilité résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de la prestation hospitalière** 225

§ 1. — *Les hospitalisés en général* 225

I. — Prestations d'entretien matériel de l'usager 226

II. — Protection et surveillance dues à l'usager 228

1) Protection de l'usager contre les dommages qui ne sont pas son propre fait 229

1° Dommages causés par l'administration elle-même .. 230

a) Faute de surveillance due au fait de l'agent 230

α) Dommages à la personne 232

β) Dommages aux biens 233

A) Vol.

B) Garde des objets et effets du malade.

b) Organisation défectueuse du service 235

2° Dommages causés par les tiers 237

2) Protection de l'usager contre les dommages ayant leur source dans son propre état 238

III. — Soins médicaux (renvoi) 241

IV. — Respect de la liberté individuelle de l'usager 242

1) Respect des droits individuels, civiques et politiques et des convictions religieuses des usagers 242

2) Nécessité de l'accord de l'hospitalisé au sujet du traitement médical 244

Pages

3) Dissection et autopsie des cadavres des personnes décédées à l'hôpital 245
4) Secret professionnel 249
1° Fondement du secret médical..... 251
2° Etendue de l'obligation au secret médical..... 252
3° Cercle des personnes assujetties au secret..... 252
4° Conditions de la responsabilité de l'administration. 257
V. — Obligations diverses 259
1) Déclarations d'état civil obligatoires..... 259
2) Droit des hospitalisés au produit de leur travail..... 260

§ 2. — *La responsabilité de l'établissement à l'égard de certains groupes particuliers d'usagers* 262
I. — Obligations à l'égard des enfants assistés..... 262
II. — Obligations à l'égard des aliénés..... 265
1) Protection des droits patrimoniaux et de la liberté de l'aliéné interné 266
1° Administration provisoire 266
2° Liberté individuelle de l'aliéné interné..... 267
2) Compétence pour agir en responsabilité contre l'établissement hospitalier à l'occasion de l'administration provisoire des biens et en matière de liberté individuelle de l'aliéné 269

***Section III.* — La responsabilité de l'administration pour l'activité de ses auxiliaires scientifiques et techniques**..... 270
§ 1. — *La responsabilité pour les suites de l'activité médicale*.. 271
I. — Etat de la jurisprudence dominante..... 272
II. — Activité médicale 273
III. — Aperçu de la responsabilité médicale..... 279
IV. — Critique de la jurisprudence judiciaire. Recherche des solutions conformes à la théorie administrative..... 283

§ 2. — *La responsabilité de l'administration pour l'activité de ses pharmacies et laboratoires* 288

§ 3. — *La responsabilité de l'établissement pour les fautes commises par les tiers qui agissent pour son compte*..... 289

§ 4. — *La responsabilité pour les dommages causés par le personnel enseignant et les étudiants et élèves*..... 290
I. — Membres de l'enseignement public..... 291
II. — Etudiants 295
III. — Moniteurs, stagiaires et élèves n'appartenant pas à l'Université 296

TITRE II. — *LA RESPONSABILITE ENVERS LE PERSONNEL*. 301

CHAPITRE XII. — LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS ET LEUR PERSONNEL.. 303

***Section I.* — La composition du personnel** 303

§ 1. — *Les membres de la Commission administrative* 303

§ 2. — *Le personnel participant à la gestion administrative et économique* 304

I. — Personnel administratif 304

II. — Personnel ouvrier et servant 305

III. — Personnel divers 305

§ 3. — *Le personnel médical, hospitalier et scientifique* 305

I. — Médecins 305

II. — Personnel auxiliaire du médecin 306

III. — Personnel de laboratoire, pharmacien, etc. 307

***Section II.* — La nature juridique des rapports du personnel avec l'établissement hospitalier** 307

§ 1. — *La nature du rapport juridique* 308

I. — Distinction des fonctionnaires et des non fonctionnaires 308

II. — Distinction des relations statutaires et contractuelles.. 309

§ 2. — *La situation juridique des diverses catégories du personnel* 310

I. — Membres de la Commission administrative 313

II. — Personnel participant à la gestion administrative et économique 315

1) Personnel administratif 315

2) Personnel ouvrier et servant 316

3) Ministres des cultes 318

III. — Personnel médical, hospitalier et scientifique 318

1) Médecins et chirurgiens des hôpitaux 318

2) Médecins non nommés par les commissions administratives 320

3) Externes et internes des hôpitaux 322

4) Pharmaciens, personnel de laboratoire 323

5) Personnel hospitalier 324

1° Infirmières, infirmiers et sages-femmes 324

2° Personnel congréganiste 325

3° Stagiaires, étudiants, etc. 326

CHAPITRE XIII. — LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ ENVERS LE PERSONNEL 328

***Section I.* — Les diverses catégories de responsabilité** 328

§ 1. — *Les caractères spéciaux de la responsabilité pour le risque social* 328

Pages

§ 2. — *La responsabilité en dehors du risque social : Distinction du contentieux administratif et du contentieux ordinaire* 329

Section II. — **La responsabilité administrative pour faute** 331

§ 1. — *Observations préliminaires* 331

§ 2. — *La responsabilité à l'occasion d'actes relatifs aux droits statutaires des agents* 334

I. — Droits des agents à l'encontre du pouvoir réglementaire en matière non statutaire 334

II. — Responsabilité à l'occasion des actes relatifs au statut.. 338

1) Décisions générales 338

2) Décisions individuelles 341

1° Violation de l'égalité des agents et des droits acquis au moyen de la décision individuelle 342

a) Prohibition des décisions rétroactives 342

b) Limites s'imposant à la Commission administrative à l'occasion des principaux actes relatifs à la carrière 343

A) Collation de fonction 344

B) Avancement. Promotion 346

C) Sanctions disciplinaires, révocation 348

D) Mise à la retraite et pension 353

c) Recours des agents contre les décisions individuelles 355

A) Nature des recours 355

B) Personnes qui peuvent agir contre les décisions individuelles 358

d) Effets de l'annulation des décisions individuelles 359

A) Effets de la sentence intervenue à l'occasion d'une réclamation aux fins d'indemnité 359

B) Effets de la sentence prononcée à la suite d'un reccurs en annulation en matière de responsabilité envers l'agent 360

α) Portée de l'indépendance de l'administration envers le juge 361

β) Effets de l'annulation 363

(1) Annulation de décisions de collation de fonction 363

(2) Annulation de décisions relatives à la promotion et à l'avancement 365

(3) Annulation de sanctions disciplinaires... 366

(a) Sanctions disciplinaires en général.... 366

(b) Révocation 366

2° Responsabilité en dehors de toute violation du statut et de la loi 368

Section III. — **La responsabilité contractuelle envers les préposés de droit commun** 371

Pages

***Section IV.* — La responsabilité en matière de législation sociale** 374

§ 1. — *La responsabilité de l'établissement public hospitalier résultant de l'inobservation de la réglementation du travail* 375

I. — Mesures s'appliquant dans les établissements publics hospitaliers 375
1) Travail des enfants et des femmes. Femmes en couches.. 376
2) Travail de nuit..... 378
3) Repos hebdomadaire et congé payé..... 378
4) Hygiène et sécurité des travailleurs..... 380
5) Contrat de travail des réservistes appelés à faire une période d'instruction militaire..... 381
6) Durée du travail..... 382
7) Allocations familiales 382
8) Certificat de travail..... 383
9) Compensation des salaires et traitements par l'administration 384

II. — Question particulière de compétence : La juridiction prud'hommale 385

III. — Responsabilité pour l'inobservation de la législation sociale en faveur des travailleurs..... 387

§ 2. — *La responsabilité en matière d'accidents du travail et d'assurances sociales* 390

I. — Responsabilité à l'occasion des accidents du travail.... 391
1) Principes d'organisation 391
2) Personnel assujetti 393
1° Critère appliqué en matière hospitalière..... 394
2° Critère appliqué en matière non hospitalière.... 397
a) Principe 397
b) Réserve quant aux fonctionnaires..... 398
3) Question de compétence..... 403
4) Etendue de la responsabilité de l'administration..... 404

II. — Les assurances sociales et la responsabilité envers le personnel. 405
1) Personnel assujetti 406
2) La question de compétence..... 408
3) Etendue de la responsabilité..... 410

TITRE III. — *LA RESPONSABILITE ENVERS LES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS*..... 411

CHAPITRE XIV. — LA NATURE DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER ET LES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS..... 413

***Section I.* — Les conséquences à tirer de la forme des préliminaires des marchés** 414

Pages

§ 1. — *Les marchés de gré à gré* 415
§ 2. — *L'adjudication* 416

Section II. — **Les conséquences à tirer de l'objet des marchés**..... 418

§ 1. — *Les marchés de fournitures* 419
§ 2. — *Les marchés de travaux* 420
I. — Marchés administratifs et contrats de droit commun.. 420
II. — Caractères particuliers des contrats administratifs de travaux. 422

CHAPITRE XV. — LES QUESTIONS PARTICULIÈRES DE COMPÉTENCE 424

Section I. — **La compétence judiciaire**..... 424

Section II. — **La compétence administrative**..... 425

§ 1. — *Le contentieux des formalités administratives entourant les marchés* 425
§ 2. — *Le contentieux de l'exécution des contrats administratifs* 426

CHAPITRE XVI. — LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ..... 429

Section I. — **La responsabilité pour violation des formes administratives extérieures au marché**. 429

§ 1. — *L'appel à la concurrence insuffisant* 430
§ 2. — *L'admission des entrepreneurs* 430
§ 3. — *La valeur des clauses du prix minimum et du prix maximum* 431
§ 4. — *Le dépôt et le retrait d'offres* 431
§ 5. — *L'adjudication* 432

Section II. — **La responsabilité contractuelle administrative**..... 435

§ 1. — *Les droits de surveillance de la Commission administrative* 436
§ 2. — *Les changements apportés au marché par l'administration* 437
I. — Modification du contenu du marché par l'administration 437
II. — Modification des prix à la requête de l'entrepreneur : Théorie de l'imprévision..... 439
III. — Mise en régie et résiliation des marchés par l'administration 440
§ 3. — *Les contestations — le contentieux — l'arbitrage*..... 441
§ 4. — *Les sanctions prises par la Commission administrative*.. 443

Pages

TITRE IV. — *LA RESPONSABILITE ENVERS LES TIERS*.. 445

CHAPITRE XVII. — LES QUESTIONS PARTICULIÈRES DE COMPÉTENCE 447

Section I. **— La compétence en matière de dommages causés par les travaux publics.** 448

Section II. **— La compétence en matière « d'actions en réparation des dommages imputés aux services publics »** 449

CHAPITRE XVIII. — LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ..... 451

Section I. **— La responsabilité administrative de droit commun** 451

§ 1. — *Les principes* 451

§ 2. — *La responsabilité envers les membres de la famille des usagers* 452

§ 3. — *La responsabilité pour concurrence illicite : pharmacie hospitalière vendant au public* 453

§ 4. — *Les accidents automobiles imputés aux établissements publics hospitaliers* 456

Section II. **— La réparation des dommages causés par les opérations de travaux publics.** 459

§ 1. — *Les principes* 459

§ 2. — *Les limites du contentieux des dommages causés par les travaux publics* 460

I. — Historique 460

II. — Principe de la distinction..... 461

§ 3. — *Le dommage* 463

§ 4. — *Les occupations temporaires* 464

CONCLUSION 466

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Cass. = Arrêt de la Cour de Cassation.

Cass. Civ. = Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile.

Cass. Req. = Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre des requêtes.

Cass. Cr. = Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre criminelle.

C. E. = Arrêt du Conseil d'Etat.

Confl. = Arrêt du Tribunal des Conflits.

D. ou *DP.* = Dalloz périodique (Recueil périodique et critique de jurisprudence).

J. O. = Journal Officiel.

Leb. ou *Lebon* = Recueil des arrêts du Conseil d'Etat statuant au Contentieux, du Tribunal des Conflits et de la Cour des Comptes, rédigé par Lebon, continué par MM. Panhard, Hallays, Dabot, Gérard et Lagrange.

R. E. B. = Revue des Etablissements de bienfaisance et d'assistance.

Rec. ou *R.* = Voir Leb. ou Lebon.

R. H. = Revue des Hôpitaux.

R. H. F. — Revue Hospitalière de France.

S. — Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, fondé par J.-B. Sirey.

INTRODUCTION

LES CARACTÈRES DE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER ET DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

Le législateur français n'a pas organisé une responsabilité particulière aux établissements publics hospitaliers. Il ne s'est jamais mis en présence d'un problème spécial de responsabilité hospitalière.

Aussi ne suffirait-il pas, pour saisir l'intérêt particulier que comporte l'étude annoncée par le sujet, de regarder du côté des règles de droit présidant à l'appréciation de la responsabilité. Au contraire, l'étude de la responsabilité spéciale des établissements hospitaliers suppose connues et admises les règles de la responsabilité en général. Ce serait une entreprise aussi téméraire qu'inutile que de prétendre les rechercher ou les rappeler au seuil de cet ouvrage : — entreprise téméraire, parce qu'une recherche de cette envergure dépasserait nécessairement le cadre d'une introduction ; — entreprise inutile, parce que, de toute façon, la nécessité s'avèrera, chemin faisant au cours de cette étude spéciale, de résoudre les principales difficultés inhérentes au problème général de la responsabilité et, par conséquent, de nous reporter à la discussion des principes généraux (1).

(1) Cependant, afin d'orienter l'esprit, il est utile de préciser au moins une notion : nous entendrons le terme « responsabilité » dans une accception compréhensive. Nous examinerons dans quelles conditions et dans quelle mesure les personnes qui se prétendent lésées par l'activité d'un établissement public hospitalier peuvent obtenir la réparation du dommage. Excluant ainsi et la responsabilité politique et la responsabilité pénale, nous restreindrons nos recherches au domaine de celle — malencontreusement dite civile en matière administrative — qui aboutit à des principes de réparation matérielle.

Quel que soit le sens précis que l'on attribue au terme, la responsabilité suppose toujours l'existence de deux personnes juridiques, l'une engendrant et l'autre subissant un préjudice, et la reconnaissance de règles de droit impératives permettant à la personne lésée d'obtenir une réparation. Nous ne nous occuperons que de la responsabilité de l'établissement public hospitalier lui-même. Cependant, celle de toutes les personnes entrant en contact avec lui nous intéressera dans la mesure où elle vient conditionner et limiter celle-là.

Mais si l'examen de la responsabilité hospitalière ne constitue pas un problème spécial de droit positif, il n'en présente pas moins un intérêt particulier. La responsabilité n'est qu'un prolongement de l'activité qui l'engendre, qu'une sanction imposée par la collectivité. Or, c'est le genre d'activité exercé par l'établissement public hospitalier qui imprime un cachet original à sa responsabilité. L'étude de la responsabilité ne saurait être dissociée de l'étude de l'activité qui la conditionne. Aussi bien, dès cette introduction, importera-t-il de nous familiariser avec le milieu hospitalier en vue d'apprendre à connaître les circonstances de fait dans lesquelles se noueront les problèmes. Pour caractériser la responsabilité (Chap. II), il faut connaître l'agent, sa personnalité, son rôle et ses moyens (Chap. I).

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTÈRES DE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER

Il n'est pas difficile de constater que tous les services hospitaliers de l'administration publique ne se ressemblent pas. Ils ne constituent pas tous des établissements publics.

Précisons donc d'abord ce qu'il faut entendre par établissements publics hospitaliers et énumérons les principaux d'entre eux. Examinons ensuite ce qui les distingue des autres services de l'Administration, ce qui constitue leur originalité : leur fonction et les modes d'action mis à leur disposition en vue d'exercer cette fonction.

SECTION I

La définition et la personnalité de l'établissement public hospitalier

Qu'est-ce qu'un établissement public ?

L'expression est couramment employée dans deux acceptions différentes. Tantôt, s'attachant au sens étymologique et marquant l'opposition avec les services privés, les auteurs et même le législateur ont appelé « établissement public » tout service de l'administration qui, au point de vue de la gestion, apparaît comme un tout, sans se préoccuper de la personnalité des organes chargés de cette gestion ; c'est ainsi que l'asile

d'aliénés, quoique administré par le département, a pu être compris dans la liste des établissements publics. Tantôt, s'attachant à la structure même de l'institution, d'autres auteurs — ils sont aujourd'hui l'immense majorité — ont appelé de ce nom les institutions spéciales dotées de la personnalité juridique et gérées avec une certaine autonomie, mais sous la tutelle de l'administration centrale, par des organes propres ; l'exemple le plus intéressant pour nous c'est précisément l'hôpital public tel qu'il a été organisé par la loi du 7 août 1851.

C'est dans ce sens restrictif que nous entendons l'expression.

Qu'est-ce qu'un établisement public hospitalier ?

C'est un établissement public — répondant à la définition que nous venons de citer — et dont la spécialité consiste précisément à recevoir dans des services créés à cette fin des malades, des enfants, des vieillards, qui ne peuvent se soigner ou assurer leur propre entretien à domicile.

Les études sur les personnes morales, et notamment sur les personnes administratives sont relativement récentes. Elles constituent, d'ailleurs, le préambule obligé de l'étude de la responsabilité. L'imprécision de la notion de personnalité entraîne fatalement l'incertitude dans les solutions de la responsabilité elles-mêmes.

Longtemps, la personnalité des établissements publics hospitaliers n'a intéressé ni la jurisprudence ni la doctrine, qui, sans y regarder de près, admettaient que ces personnes morales ne différaient pas de celles du droit privé et que leur activité n'avait pas cette nature exorbitante caractéristique du pouvoir central. Les commissions administratives étaient réputées gérer de simples intérêts privés. Par conséquent, les tribunaux administratifs se déclaraient incompétents pour connaître des actions intentées contre ces établissements.

La nécessité de conférer la personnalité civile aux établissements publics n'a pas été reconnue sans difficulté. Dans une administration fortement centralisée, en effet, cette nécessité est inexistante. Mais au fur et à mesure que l'Etat, se désintéressant dans une certaine mesure de la gestion de certains services locaux, a confié à des organes spéciaux, doués d'une certaine indépendance, et par conséquent d'une certaine res-

ponsabilité, ces gestions particulières, le problème a complètement changé de face et la reconnaissance de la personnalité aux collectivités du droit public autres que l'Etat est devenue une nécessité.

Les idées ont évolué. La théorie des droits de puissance publique coexistant dans la personne de l'Etat avec des droits de personne privée a été étendue aux départements, aux communes et aux établissements publics. Aujourd'hui, il est reconnu sans contredit que toute personne administrative possède des droits exorbitants de puissance publique et en jouit avec autonomie, sous réserve de l'exercice des droits tutélaires que l'Etat s'est réservé sur elle.

M. Michoud, l'auteur qui a le plus contribué à cette évolution, précise dans des termes nets (2) que « les établissements publics ont une personnalité de droit public d'où découlent pour eux, bien que dans une mesure moindre que pour le département et la commune, des droits publics subjectifs. Ils ont le droit de compléter par des règlements intérieurs l'organisation qui leur est donnée par la loi ; le droit de commander à leurs agents ; un certain pouvoir de discipline sur les personnes qui usent de leurs services ; le droit même d'organiser ces services qui sont, comme ceux des autres personnes de cet ordre, des services publics ».

Comment définir la personnalité morale de l'Administration ?

Il est peu de notions, en effet, qui aient été tant fouillées dans les dernières années que la notion de la personnalité morale. La doctrine s'est longtemps perdue dans d'interminables discussions en vue d'arriver à un système logique permettant de comprendre toutes les situations dans lesquelles ces personnes morales agissent. Certains auteurs partaient de cette notion reconnue fausse entretemps que les personnes morales constituent une fiction inventée par le législateur. D'autres auteurs ont prétendu que les personnes morales correspondent, au contraire, à une réalité objective, à un groupe d'intérêts s'imposant au législateur. Aujourd'hui, la plupart des auteurs, soulignant la stérilité de ces discussions, s'accordent pour af-

(2) « Personnalité morale », 2e édition, page 80 du 2e volume.

firmer que la personnalité morale ne constitue qu'un procédé de technique juridique permettant, suivant M. Rolland, « de réaliser aisément des constructions juridiques grâce auxquelles les groupements d'individus peuvent vivre, se développer et jouer un rôle social ».

D'où la définition en quelque sorte négative donnée aujourd'hui par de nombreux auteurs, et notamment par MM. Michoud et Trotabas : la personne morale c'est le « sujet de droits qui n'est pas en même temps un être humain ». Cette définition revient à dire simplement que pour avoir des droits et, en conséquence, des obligations, il n'est pas indispensable d'être une personne physique ; l'Etat peut conférer des droits à des groupes déterminés d'individus ayant des intérêts jugés dignes de sa protection, intérêts distincts des intérêts individuels.

Outre cette condition première de la personnalité morale — intérêt distinct des intérêts individuels — M. Michoud en voit une seconde : il faut une organisation capable de dégager une volonté collective, telle, par exemple, la Commission administrative de l'établissement public hospitalier.

Comment ces établissements reçoivent-ils la personnalité ? Pour les établissements publics nationaux, l'article 25 de la loi de finances du 13 juillet 1925 exige un acte du législateur. Pour les établissements communaux, un décret en Conseil d'Etat est suffisant.

SECTION II

Les différents établissements publics hospitaliers

§ 1. — Les services publics hospitaliers constitués en établissements publics

L'énumération des établissements publics hospitaliers peut être faite à un double point de vue : d'un côté, considérant plus spécialement la structure de ces administrations, l'on pourrait songer à une classification des types hospitaliers ; d'un autre

côté, examinant le fonctionnement, c'est-à-dire le contenu de l'activité hospitalière, l'on serait tenté à se borner à une énumération des différentes fonctions, des différentes spécialités des établissements hospitaliers.

En réalité, il faut combiner les deux manières : au point de vue de l'organisation des services publics spécialement chargés de services hospitaliers, soulignons la parfaite uniformité du système français. Il n'y a à distinguer que les établissements nationaux qui sont peu nombreux, les établissements publics dits « communaux », qui sont l'immense majorité, et certains établissements particuliers, tels que plusieurs asiles d'aliénés antérieurs à la loi du 30 juin 1838. Au point de vue du rôle incombant à ces établissements, ce qui est frappant c'est leur variété.

I. — *Etablissements nationaux hospitaliers* (3) :

Ces établissements dont l'existence est due soit à des évènements historiques, soit à des fondations sont régis par une ordonnance du 21 février 1841. Ils sont administrés sous l'autorité du ministre par des directeurs responsables assistés de commissions consultatives composées de quatre membres nommés par le Ministre.

L'article I[er] de l'ordonnance du 21 février 1841 dit que ces établissements sont placés sous l'autorité du ministre. Il serait faux d'en déduire, cependant, qu'ils n'ont aucune indépendance. Ils ont une dotation propre, spécialement affectée à l'établissement, ils reçoivent directement, sans autorisation spéciale, des dons et legs, etc... Le directeur exerce un rôle très actif ; en fait, il assume toute la responsabilité de l'établissement envers le ministre.

II. — *Etablissements régis par les lois du 7 août 1851 et du 5 août 1879.*

Ils constituent l'immense majorité des établissements publics hospitaliers.

(3) Actuellement, les principaux d'entre ces établissements nationaux sont l'Hospice des Quinze-Vingt, l'Institution nationale des jeunes aveugles, l'Ins-

La loi du 7 août 1851, en effet, est la charte hospitalière française.

Il peut paraître étonnant que le cadre uniforme arrêté par le législateur ait pu convenir à toute cette variété de fonctions que sont appelés à remplir les établissements publics hospitaliers.

Il est vrai que la loi de 1851 a un caractère tout à fait général et ne prétend point organiser le détail du service.

Classant les divers établissements publics hospitaliers suivant leur objet, nous distinguerons les hôpitaux, les hospices et leurs établissements annexes.

1) *Hôpitaux.* — On définit couramment les hôpitaux comme des établissements dans lesquels sont reçus en vue du traitement des malades, ce terme étant, d'ailleurs, pris dans un sens large et comprenant notamment les femmes en couches.

On peut distinguer les établissements pour malades aigus et les établissements pour malades chroniques. Un grand hôpital comprend généralement un service général de médecine interne et une série plus ou moins importante de services de spécialité (4).

Une spécialisation aussi poussée ne pourrait être réalisée dans les hôpitaux des petites villes et des bourgs, qui n'ont le plus souvent qu'un service de médecine générale et, à la rigueur,

titution nationale des sourds-muets de Paris, l'Institution nationale de sourdes-muettes de Bordeaux, les Institutions de sourds-muets de Chambéry et des sourdes-muettes de Pont-de-Beauvoisin, la maison nationale de santé de Saint-Maurice, les Asiles nationaux de Vincennes et du Vésinet, l'Asile national Vacassy, l'Asile national de la Providence, l'Asile national Konigswarter, l'Etablissement national Dufresne-Sommeiller.

(4) Citons, par exemple, l'Hôpital de Strasbourg qui comprend deux cliniques médicales, deux cliniques chirurgicales, et une clinique pour chacune des disciplines suivantes : oto-rhino-laryngologie, ophtalmologie, pédiatrie, neurologie, psychiatrie, dermatologie, stomacologie, gynécologie et une maternité. Les Hospices civils de Strasbourg possèdent, en outre, un sanatorium de tuberculeux et un hôpital orthopédique avec sanatorium d'altitude.

Toutes les cliniques se doublent d'une policlinique pour la consultation et le traitement des malades ambulants. Elles comprennent outre les salles des malades, des salles d'examen, de pansement, des laboratoires de recherche, des quartiers opératoires, des appareillages de traitement, etc..., bref, toutes les installations nécessaires en vue du diagnostic et du traitement des malades.

Un service spécial est réservé aux malades chroniques, un autre aux malades cancéreux.

Tel est le type de l'hôpital complet.

un service opératoire plus ou moins bien outillé, et qui généralement adressent les cas difficiles aux centres hospitaliers de la région.

2) *Hospices.* — Les hospices sont les établissements dans lesquels sont entretenus les vieillards incurables, les enfants assistés, etc..., c'est-à-dire des personnes qui, sans être nécessairement malades, ont besoin d'être entretenues par la collectivité.

Etant donné le monopole conféré par la loi aux établissements publics hospitaliers dans le cadre de la commune, les hospices régis par la loi du 7-8-1851 sont administrés par les mêmes commissions administratives que les hôpitaux.

Leurs objets sont variés. Les plus importants d'entre eux sont les maisons de retraite pour vieillards, les orphelinats et hospices dépositaires des enfants assistés, les maisons pour infirmes et incurables (5).

Les hospices sont souvent gérés par les commissions administratives par ordre ou pour le compte d'une autre personne du droit public. Ainsi le Préfet peut d'office charger un établissement de son territoire de l'hébergement des enfants assistés du département. Les établissements d'indigents créés par la commune sans dotation spéciale suffisante sont fréquemment gérés par la Commission administrative pour le compte de la commune, qui doit en supporter le déficit éventuel. Le Préfet peut également confier à l'administration hospitalière la gestion matérielle de l'asile départemental d'aliénés (6).

3) *Services annexes.* — Les établissements publics hospitaliers se sont adjoints des services multiples et variés.

Nous touchons ici à la question des limites légales de l'activité hospitalière, problème commun à tous les établissements publics hospitaliers. Nous le soulèverons en parlant de leur « spécialité ». Bornons-nous, à présent, à décrire quels sont en

(5) Ainsi, poursuivant l'énumération des services gérés par les Hospices civils de Strasbourg, nous trouvons une maison de retraite pour vieillards, un orphelinat, un dépôt départemental d'enfants assistés, une maison départementale de protection maternelle.

(6) Art. 1er de la loi du 30 juin 1838.

fait les services accessoires organisés par les établissements publics hospitaliers.

1° *Services médicaux.* — Il ne s'agit pas d'énumérer tous les services accessoires des salles de malades que l'on trouve dans tout hôpital bien organisé, services dont d'ailleurs, nous avons dit un mot en parlant des hôpitaux. Cette rubrique est réservée aux services annexes constituant un tout indépendant des salles de malades elles-mêmes.

Certains hôpitaux possèdent un service de radiologie, un bain médicinal, un service d'électrothérapie, de radiothérapie, de radiumthérapie, etc..., des services de repos ou de convalescence, des services de mécanothérapie et de culture physique indépendants des cliniques, une pharmacie, des laboratoires autonomes, des écoles de formation professionnelle pour les infirmières, sages-femmes, infirmiers, brancardiers, etc..., des crèches, des preventoria, des établissements de cure d'air, etc...

2° *Services créés en vue de l'occupation et de la distraction des malades.* — Les hôpitaux créent parfois des bibliothèques, des salles de travail manuel et autres, des écoles pour les orphelins (7), des salles de récréation et de jeux. L'initiative provient souvent des médecins eux-mêmes, qui considèrent l'occupation du malade comme un véritable moyen curatif.

3° *Services visant l'entretien matériel des malades.* — Nous sommes bien là en présence d'un accessoire de l'hospitalisation. A moins de traiter avec un entrepreneur privé, l'administration hospitalière est obligée d'assurer elle-même la subsistance des malades et l'entretien des bâtiments et installations dans lesquels ils sont reçus.

L'hôpital comprend le plus souvent une cuisine avec les locaux accessoires et une buanderie. Parfois l'on y trouve des ateliers de réparation, des installations de chauffage et autres, et même une usine électrique et un château d'eau avec installation de préparation d'eau chaude.

(7) Loi du 4 novembre 1894.

§ 2. — Services publics hospitaliers non constitués en établissements publics.

Pour fixer les idées, il n'est pas sans intérêt de mentionner rapidement les principaux hôpitaux, hospices, asiles, etc... exclus par la définition.

Elle exclut d'abord — cela va sans dire — tous les établissements publics ne remplissant pas un but hospitalier, tels les bureaux de bienfaisance institués par la loi du 7 frimaire An V, qui assurent l'assistance à domicile. Mais rappelons que la loi du 15 juillet 1893 autorise les établissements hospitaliers eux-mêmes à pratiquer l'assistance à domicile dans certaines conditions.

Elle exclut surtout toutes les institutions gérées par des organes placés sous l'autorité hiérarchique de l'administration centrale ou territoriale, civile ou militaire, de même que tous les établissements hospitaliers organisés à titre d'accessoire par d'autres établissements publics ou privés (8).

Tous ces services sont écartés par le sujet même de notre étude. Nous croyons néanmoins devoir nous y attarder un instant, car, d'une part, les solutions que nous dégagerons plus tard au sujet de la responsabilité des établissements publics hospitaliers vaudront, dans une certaine mesure, également pour les autres services publics hospitaliers, mesure qui parait devoir découler logiquement de l'analogie des activités.

Nous renoncerions difficilement à en parler, car la jurisprudence est très touffue et très intéressante à l'égard de certains d'entre eux, notamment à l'égard des asiles d'aliénés.

Il y a des services hospitaliers à tous les échelons de la hiérarchie administrative tant dans l'administration générale (Etat, Département, Commune) que dans les services spéciaux à base territoriale (administration militaire, administration pénitentiaire, etc...).

(8) Par exemple les hôpitaux créés en vertu des lois sur l'assurance sociale du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930.

I. — *Les établissements hospitaliers départementaux*

Les services départementaux d'assistance comprennent de multiples établissements hospitaliers. Citons les asiles d'aliénés, les hospices dépositaires d'enfants assistés, les maisons de protection maternelle, etc... Sauf de rares exceptions, ces services n'ont pas de personnalité propre et sont gérés directement par l'administration départementale.

1) Historiquement, les établissements hospitaliers départementaux les plus anciens sont les *asiles d'aliénés*. Ces établissements sont encore régis aujourd'hui par la loi du 30 juin 1838 et l'ordonnance du 18 décembre 1839, modifiée par plusieurs autres textes.

Leur gestion est assurée par un directeur nommé par le Préfet et responsable devant lui. Il est assisté par une commission de surveillance également nommée par le Préfet.

N'ayant pas de personnalité propre, les asiles d'aliénés sont représentés pour leurs actions et contrats par le Préfet. Ils n'ont pas de budget autonome distinct de celui du département.

Notons cependant qu'exceptionnellement certains asiles d'aliénés créés avant la loi du 30 juin 1838 ont une personnalité propre (9).

2) Les *hospices dépositaires des enfants assistés* constituent une autre variété d'établissements hospitaliers dont l'organisation incombe au département. La loi du 17 juin 1904, qui a réorganisé dans son ensemble le service des enfants assistés, précise dans son article 19 que, sur l'avis conforme du conseil général, le Préfet peut arrêter l'installation d'un hospice dépositaire dans un immeuble loué à cette fin. Cet établissement n'aura, bien entendu, pas de personnalité propre, mais constituera un service départemental. Généralement le Préfet préfère user de la faculté, que lui donne l'article 8 de la même loi, de désigner l'établissement public ou privé qui devra recevoir en dépôt les enfants assistés du département, quitte à lui faire rembourser

(9) Cf. CE, 3 décembre 1886, 1er août 1890 ; R.E.B., 1886, p. 200, 1891, p. 70 ; CE, 11 juillet 1890 ; R.E.B., 1891, p. 71.

les frais de séjour. C'est le plus souvent un établissement public hospitalier situé dans le département.

Notons que le Préfet ne peut charger cet établissement que de l'entretien des enfants assistés. Leur éducation ne saurait faire l'objet de pareille délégation.

3) Le conseil général peut créer, en vertu de l'article 46 de la loi du 10 août 1871 N° 20 *d'autres institutions* hospitalières (hôpitaux, asiles, etc...) administrées soit par le Préfet, soit — si elles ont reçu la personnalité juridique par décret — par l'organe représentant cette personne.

II. — *Les établissements hospitaliers de canton et d'arrondissement*

Le Conseil d'Etat a été à plusieurs reprises consulté sur le point de savoir si des hospices cantonaux ou d'arrondissements peuvent être créés. Il a chaque fois répondu par l'affirmative (10).

III. — *Les établissements hospitaliers de l'administration communale*

Le conseil municipal, en vertu de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884, règle par ses délibérations les affaires de la commune. En conséquence, il lui appartient de créer les établissements de bienfaisance dans la mesure où la création de ces établissements n'est pas contraire au monopole légal institué en faveur des établissements publics hospitaliers (11).

Ces établissements peuvent d'ailleurs être intercommunaux en vertu des lois des 22 mars 1890, 13 novembre 1917, 26 juin 1925 et 5 avril 1927 et pour construire un hôpital, le syndicat des communes peut même suivre la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (12).

Ils sont extrêmement variés (crèches, asiles de nuit, ateliers d'assistance par le travail, fourneaux économiques, etc.).

(10) Voir avis de C.E. des 17 avril 1886, 27 juin 1888, 5 juin 1890, cités au Répertoire Dalloz « Hospices-Hôpitaux », n° 37.
(11) Loi du 16 Vendémiaire An V.
(12) Voir avis du C.E., 12 juin 1902 ; R.E.B., 1902, p. 228.

Il ne faut pas confondre ces services avec les établissements publics hospitaliers régis par la loi du 7 août 1851, que la commune peut créer après avoir obtenu un décret pris par le Conseil d'Etat.

Il y a des services hospitaliers faisant partie de l'administration communale et n'ayant pas de personnalité propre, situation exceptionnelle et parfois illégale. C'est ce qu'on exprime en les désignant d' « hospices de fait » (13).

IV. — *Services hospitaliers militaires*

Les malades militaires sont traités soit dans des établissements hospitaliers civils en vertu d'accords conclus entre l'administration militaire et les commissions administratives, soit dans des hôpitaux militaires spéciaux, qui sont gérés par le service de santé militaire et qui, par conséquent, ne constituent pas des établissements publics.

V. — *Services hospitaliers de l'administration pénitentiaire*

Nous ne les citons que pour mémoire. Ce sont le plus souvent de petites infirmeries pour les cas simples n'exigeant ni soins, ni installations compliquées.

En cas de besoin, les prisonniers et détenus malades sont admis dans les établissements publics hospitaliers en vertu d'accords passés entre l'administration pénitentiaire et la commission administrative.

VI. — *Etablissements hospitaliers créés par les Caisses d'assurance sociale et les sociétés de secours mutuels*

Les lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930 sur les assurances sociales ont prévu l'admission des assurés sociaux malades soit dans les établissements publics hospitaliers en vertu de conventions à conclure avec les commissions administratives intéressées, soit dans des établissements hospitaliers appartenant aux caisses d'assurance.

(13) Voir Cros-Mayrevieille, tome I, page 353.

Le législateur, en autorisant les caisses d'assurance sociale à installer des établissements hospitaliers propres (14) a fait une grave entorse au principe du monopole des établissements publics hospitaliers (15).

§ 3. — Les particularités des services non constitués en établissements publics quant a leur responsabilité

Le titre même de notre étude exclut les problèmes qui pourraient se poser au sujet de la responsabilité des établissements que nous venons d'énumérer ; par contre, il ne nous empêche pas de préciser dans quelle mesure les solutions de la responsabilité hospitalière, que nous dégagerons, s'appliqueront par analogie aux établissements que nous avons commencé par écarter.

Il n'est pas sans intérêt, en effet, de préciser les principales différences existant au point de vue de la responsabilité entre ces établissements hospitaliers.

Ces différences ne peuvent provenir ni de la nature de l'acte dommageable, ni de ses conséquences au point de vue de la compétence, administrative ou judiciaire, l'analogie étant complète à cet égard, réserve faite, toutefois, des établissements gérés par la caisse de malades qui n'est pas une administration publique. Elles s'affirment, par contre, et au point de vue de la tutelle administrative, différemment organisée dans les deux genres d'éta-

(14) Voir article 6 de la loi.

(15) En effet, la législation sur les assurances sociales, contrairement à ce qu'on en attendait, n'a pas apporté à ces hôpitaux l'appoint financier dont, après tous les déboires financiers de l'après-guerre, ils avaient besoin. Elle a, au contraire, dressé en face des hôpitaux un obstacle mettant en jeu leur avenir même ; cet obstacle, c'est la construction d'hôpitaux par les caisses de malades. En admettant dans leurs nouveaux services toute cette masse d'assurés sociaux, les caisses de malades sont devenues, dans bien des cas, les concurrents les plus redoutables des établissements publics hospitaliers, dont les services risquent d'être désertés par bon nombre de leurs anciens usagers, c'est-à-dire par ceux des anciens assistés ou demi-assistés qui par l'effet de la loi bénéficient aujourd'hui des assurances sociales.

Dans les milieux hospitaliers on n'a pas manqué de s'émouvoir de cette répercussion inattendue, et on a relevé avec raison qu'il y a là une dispersion d'efforts dangereuse pour l'avenir de la vie hospitalière française.

blissements, et, en général, au point de vue des divergences créées par le droit positif.

1° Au point de vue de la tutelle, la plus ou moins grande indépendance de la personne chargée du service envers l'administration centrale donne lieu à une plus ou moins grande responsabilité de sa part. Il est certain, par exemple, que le Préfet (pour les services du département) ne partage guère sa responsabilité avec l'autorité supérieure, qui n'exerce pas de surveillance tutélaire, tandis que la commission administrative des hospices civils pourra dans certains cas (nous le verrons plus loin) dégager sa responsabilité au détriment de l'autorité de tutelle, quand le dommage est dû à un acte de tutelle.

2° D'autres causes de différences résultent du droit positif : d'une part, la responsabilité personnelle de l'organe chargé du service hospitalier varie nécessairement suivant la composition de cet organe ; or, en droit administratif, la responsabilité de l'organe limite la responsabilité de la personne morale, qui aura, donc, une portée différente selon la composition et la mission de l'organe.

D'autre part, certaines différences peuvent résulter de l'organisation particulière de l'établissement ressortant au droit positif. Ainsi, les asiles d'aliénés, qui, en vertu de la loi du 30 juin 1838, peuvent recevoir des malades payants, ne rencontrent pas les difficultés qu'éprouvent à l'égard de ces malades les établissements publics hospitaliers.

§ 4. — L'évolution des établissements publics hospitaliers

La structure et l'organisation actuelles des établissements publics hospitaliers constituent l'aboutissant d'une longue évolution que nous n'avons pas le loisir de retracer en détail. Mais il nous paraît utile d'en rappeler les principaux traits.

Il importe, notamment, de montrer comment les hôpitaux publics ont acquis l'autonomie relative dont ils jouissent et comment ils ont progressivement étendu leur rayon d'action.

On aurait tort de croire qu'après 1789, les assemblées révolutionnaires aient eu à créer de toutes pièces une organisation

hospitalière inexistante jusqu'alors. L'Ancien Régime a laissé, dans cet ordre de choses, un héritage, qui, pour sa conception plus que pour ses réalisations, mérite au moins une rapide mention.

Dès le mois de juin 1662, un édit royal avait ordonné la création d'un hôpital dans chaque bourg important. Il est remarquable pour l'époque que le gouvernement se soit préoccupé à tel point de la création d'hôpitaux et cela non seulement à Paris, mais même en province, alors qu'à l'heure actuelle aucun texte n'impose aux communes, même en cas de besoin, la création d'établissements hospitaliers.

Mais l'assistance hospitalière, de même que l'assistance à domicile, restait tout à fait facultative et l'indigent ne pouvait faire valoir aucun droit à l'assistance envers l'administration hospitalière.

C'est contre cette absence de droits que les assemblées révolutionnaires se sont mises à protester énergiquement. En réalité, en dépit de très nombreux et très généreux plaidoyers inspirés par le plus pur altruisme social, la Convention, figée dans ses propres divisions, n'a pu arriver à mettre en pratique l'idéologie de certains de ses membres. Au contraire, elle n'a réussi qu'à dilapider une grande partie des biens ayant appartenu aux anciens établissements charitables, pendant les graves errements de la vente des biens ecclésiastiques et hospitaliers (16).

Le Directoire revient à des conceptions raisonnables et réorganise les établissements hospitaliers dans le dernier trimestre de 1796.

La loi du 16 vendémiaire an V a confié aux administrations municipales la surveillance immédiate de tous les hospices civils et institué par là la direction unique de tous les hospices d'une même commune, monopole qui, en principe, subsiste aujourd'hui encore. L'organe chargé de leur gestion est une commission de cinq membres nommée par l'administration municipale.

Mais le souffle centralisateur de l'ère napoléonienne emporta

(16) Loi du 23 Messidor An II.

bien vite cette autonomie relative de l'administration hospitalière.

Dès l'an VII, une loi du 16 messidor est venue soumettre à l'approbation de l'administration centrale du département la nomination des cinq membres des commissions administratives. C'est même au ministre de l'intérieur qu'elle confère ce rôle, lorsque la commission est nommée par les villes renfermant plusieurs cantons.

La loi du 28 pluviôse an VIII organisa la surveillance des hospices par le sous-préfet. Le décret du 7 germinal an XIII introduisit le renouvellement annuel de la commission par cinquième, la désignation des nouveaux membres ayant lieu par le ministre de l'intérieur ; seuls les membres hauts fonctionnaires nommés par le gouvernement n'avaient pas à être renouvelés.

Malgré tout, la centralisation qui caractérise l'œuvre de Napoléon n'a pas empêché l'organisation hospitalière de rester d'essence communale. C'est l'administration communale qui propose d'ailleurs par le moyen des listes de présentation les candidats aux fonctions de membres des commissions administratives. Ni le département, ni le gouvernement ne s'occupent, dans l'ensemble, de la création d'établissements hospitaliers, création qui reste abandonnée aux hasards de l'initiative privée (fondations) ou communale.

Mais l'intervention directe de l'autorité de surveillance permettait à l'administration centrale de diriger, dans une certaine mesure, en vue de leur coordination, les efforts individuels des établissements existants. C'est ce qui explique la stagnation législative en matière hospitalière qui caractérise la Restauration et la Monarchie de Juillet.

Notons cependant pendant cette période la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dont les parties essentielles sont restées en vigueur.

Mais dès le Second Empire on changea de méthode pour rentrer dans la voie de la décentralisation. L'ordonnance du 6 juillet 1846 constitua un premier effort très intéressant dans ce sens. Mais elle fut bientôt dépassée par la loi du 7 août 1851. Cette loi constitue la charte d'autonomie des établissements

publics hospitaliers, charte qui énumère avec précision le domaine de la tutelle. Mais elle se distingue de la législation antérieure par une autre particularité qui, elle, constitue à vrai dire une importante restriction à sa liberté et entraîne une certaine subordination à l'égard de l'administration départementale : dans son article 3, elle dit, en effet, que « les malades et incurables indigents des communes privées d'établissements hospitaliers pourront être admis aux hospices et hôpitaux du département désignés par le conseil général sur la proposition du Préfet, suivant un prix de journée fixé par le Préfet, d'accord avec la commission des hospices et hôpitaux ».

Ainsi le législateur a brisé le cadre communal devenu trop étroit pour les établissements publics hospitaliers. Dès 1851 on a pu parler avec raison sous ce rapport de leur « départementalisation ».

Mais remarquons que ce n'était encore qu'une faculté. La loi du 15 juillet 1893 en a fait une obligation. Son article 3 précise : « Toute commune est rattachée pour le traitement de ses malades à un ou plusieurs des hôpitaux les plus voisins ».

D'autre part, la loi de 1893 dans son article 4 charge sans détour le conseil général du service d'assistance hospitalière dans le cadre du département. Elle dit : « Le conseil général délibère dans les conditions prévues par l'article 48 de la loi du 10 août 1871 : 1° sur l'organisation du service de l'assistance médicale, la détermination et la création des hôpitaux auxquels est rattachée chaque commune ou syndicat de communes ; 2° sur « la part de la dépense incombant aux communes et aux départements...»

Cette fois le législateur se préoccupe même de la création de nouveaux hôpitaux, situation qui, d'ailleurs, existait déjà à la fin de l'Ancien Régime (17).

Voilà donc un changement de front complet dans la politique hospitalière. Mais, bien avant la loi de 1893, un autre changement important s'était produit. Un décret du 23 mars 1852, rendu en exécution de la loi de 1851, était venu modifier complètement la composition des commissions administratives des établissements publics de bienfaisance. Le régime institué par la

(17) Edit de juin 1662 précité.

loi du 28 pluviôse an VIII n'avait subi jusqu'alors que des modifications peu importantes. Le décret de 1852 institue des commissions composées de cinq membres nommés par le préfet et du maire comme président.

Ce système a été modifié par la loi du 5 août 1879, qui a créé une certaine dualité entre les membres des commissions administratives. Dorénavant, celles-ci se composeront du maire comme président, de deux membres élus par le conseil municipal, et de quatre membres nommés par le préfet.

Cette loi nous régit encore à l'heure actuelle (18).

SECTION III

La fonction du service public hospitalier

§ 1. — L'imprécision actuelle de cette fonction

Etablissements publics à but spécial, les hospices et hôpitaux ne peuvent légalement étendre leur activité au delà de certaines limites ; ils ont une mission légale qu'ils ne sauraient dépasser. Or, à l'heure actuelle, les limites du service public hospitalier sont incertaines, parce que, en fait, obéissant à une nécessité sociale, ces établissements ont largement dépassé le cadre légal qui constitue la charte de leur activité. L'imprécision n'est pas dans la loi, mais elle résulte de son insuffisance, de son imperfection.

Rationnellement, c'est-à-dire abstraction faite du droit positif, il semble que la sphère d'activité qui, dans la société actuelle, échoit au service public hospitalier puisse être déterminée sans difficulté. Suivant les conceptions modernes communément acceptées, l'administration a pour objet la satisfaction par l'autorité publique des besoins collectifs que l'initiative privée est impuissante à satisfaire d'une manière suffisante. En

(18) Une réglementation particulière a toujours existé pour les établissements de l'Assistance Publique de Paris et pour les Hospices Civils de Lyon.

matière hospitalière, cela signifie que l'activité publique s'étend non seulement sur l'organisation de soins hospitaliers pour ceux dont la condition de fortune ou d'âge rend nécessaire l'assistance par la collectivité, mais encore et d'une manière plus générale, sur la mise en œuvre de moyens suffisants pour rendre accessibles à toutes les classes de la société, — y compris les individus qui ne sont pas à considérer comme indigents au sens de la loi — les progrès de la science médicale et de la technique hospitalière.

L'hospitalisation de non-indigents dans les établissements publics est d'ailleurs un problème nouveau. L'autorité publique ne s'en préoccupait guère autrefois. Jusqu'au milieu du siècle passé, les moyens thérapeutiques encore modestes dont disposait la médecine n'exigeaient pas d'installations coûteuses et l'hospitalisation pouvait être offerte à des prix abordables par l'entreprise privée, la maison de santé. Les hôpitaux publics réservés par la législation aux indigents pouvaient sans inconvénients — sauf, peut-être, pour les malades contagieux que d'habitude les maisons de santé privées n'admettaient pas — refuser les malades qui avaient le moyen de se faire soigner dans une maison privée ou à domicile. L'établissement public hospitalier était, presqu'exclusivement, la maison du pauvre.

Aujourd'hui tout cela est changé. L'hôpital est devenu peu à peu, au cours des dernières décades, un centre sanitaire recherché par l'ensemble de la population, précisément parce que l'initiative privée s'est avérée insuffisante.

Ce n'est pas par une sorte de hasard que l'affluence des malades, et notamment des malades payants, à l'hôpital a augmenté dans des proportions considérables depuis une cinquantaine d'années. Cette affluence est la conséquence directe du progrès de la médecine.

Est-il nécessaire d'insister sur les avantages que comportent les soins hospitaliers sur les soins à domicile ? Nous ne le croyons pas, tant ils sont nombreux et décisifs : l'hospitalisation du malade permet la surveillance continue de l'évolution de la maladie ; elle facilite les examens, multipliant les possibilités d'investigation et de diagnostic tant par la variété des moyens matériels que par la présence d'un corps de spécialis-

tes, elle permet surtout la réalisation de l'aseptie et de l'isolement rigoureux des malades contagieux ou dangereux pour leur entourage. Le personnel des établissements publics constitue une garantie de soins adéquats. Les installations nécessaires en matière d'opération chirurgicale et le traitement compliqué, comportant les garanties d'aseptie et de sécurité, n'existent que dans les services hospitaliers spécialement aménagés et outillés.

L'affluence sans cesse croissante des malades à l'hôpital est un fait résultant naturellement du progrès de la science et de la technique.

Mais pourquoi cette affluence a-t-elle profité aux établissements publics réservés en principe aux indigents ? La raison en est simple.

Les maisons de santé privées se sont révélées impuissantes pour assurer dans des conditions abordables pour les classes moyennes de la population les prestations hospitalières correspondant aux progrès réalisés par la science médicale. Elles ne sont pas à même de couvrir au moyen de leurs recettes — sauf dans des circonstances exceptionnelles (fondation de la bienfaisance privée) — les frais des installations extrêmement coûteuses que nécessite la thérapeutique moderne. Un exemple particulièrement suggestif suffira pour nous en convaincre : l'installation des centres de lutte anticancéreuse après la Grande Guerre. Grâce à l'initiative et à l'aide financière du gouvernement, la France peut s'enorgueillir de posséder à l'heure actuelle des installations de lutte anticancéreuse des plus puissantes. L'appareillage pour la radiothérapie profonde qui fonctionne sous haute tension (19) représente à lui seul dans certains de ces centres une valeur de l'ordre des millions de francs, et il faut y ajouter la valeur du radium dont tous ces centres possèdent plusieurs grammes. Il est trop clair que le traitement du cancer n'aurait pu être appliqué d'une manière aussi générale qu'il l'est actuellement si, renonçant à toute intervention dans ce domaine, le gouvernement avait laissé à l'initiative privée le soin de le réaliser pour les malades non indigents.

L'évolution ascensionnelle de la médecine exige impérieu-

(19) 100.000 à 600.000 volts et plus.

sement de constants renouvellements dans l'aménagement et dans l'installation des hôpitaux. Les coûteuses installations deviennent inutiles au bout de peu de temps, perdent toute leur valeur et doivent donc s'amortir dans un laps de temps très court. Il est clair qu'à défaut de rémunération suffisante, les capitaux privés fuient, même en période de prospérité et de sécurité, des placements aussi peu stables. Au point de vue de la rémunération des capitaux investis, l' « industrie des hospitalisations » n'est pas intéressante, parce qu'elle rencontre des barrières infranchissables dans le recrutement des clients. Ni l'indigent, ni l'assuré social ne sont intéressants, puisqu'ils ne paient pas ou à peine les frais qu'ils occasionnent. Restent les malades payants, mais la grande masse constituée par les gens de moyenne fortune demande à se faire soigner à des prix raisonnables. Le nombre des malades payants a, d'ailleurs, fléchi, depuis que l'assurance sociale obligatoire a été introduite. Si le prix des installations est élevé, le tarif des applications doit lui-même être élevé. Mais plus le tarif est fort, moins la clientèle sera nombreuse. Les maisons de santé privées risquent ainsi de s'engager dans une véritable impasse lorsqu'il s'agit de réaliser des installations médicales coûteuses.

Seul l'hôpital disposant d'une clientèle nombreuse et régulière et renonçant à réaliser des bénéfices est à même de posséder des installations répondant aux derniers progrès de la médecine. Or, pareille clientèle n'est assurée qu'aux établissements publics hospitaliers, peuplés par l'Assistance Publique et par l'Assurance Sociale.

A plus forte raison, la maison de santé privée n'est-elle pas à même d'organiser et de coordonner un service hospitalier suffisant dans le cadre de la région et de la nation toute entière. Or, cette coordination constitue aujourd'hui une nécessité ; depuis quelques années l'administration et les groupements hospitaliers ne se lassent d'en revendiquer le renforcement. Les populations des régions pauvres, par conséquent inintéressantes pour l'entreprise privée, éprouvent un besoin d'hôpitaux au moins égal à celui des populations des régions plus riches.

Remarquons, enfin, que la collectivité ne peut abandonner à l'initiative privée la formation professionnelle des futurs por-

teurs de la science médicale, des médecins et de leurs auxiliaires. Cette formation, en effet, exige non seulement un désintéressement et une moralité absolus, que ne garantit pas toujours l'entreprise privée, mais encore l'existence de services hospitaliers modèles complets, qui, tant par leurs installations et leur personnel que par l'importance de la population de malades soient de véritables centres d'étude. Seuls les grands hôpitaux publics sont à même de remplir ces conditions.

Conserver dans les conditions les meilleures le capital humain c'est l'une des missions les plus sacrées qui incombent à la collectivité. Or, seuls les établissements publics hospitaliers peuvent remplir cette mission. En fait, ils deviennent de plus en plus les centres sanitaires des populations.

En France, l'évolution du dernier quart de siècle a été significative à cet égard : l'hôpital, naguère la maison des pauvres, est devenu peu à peu la maison des malades tout court. Et cette évolution s'est poursuivie parallèlement au progrès de la science médicale. La statistique hospitalière en fait foi.

Mais si tels sont les faits, telle n'est pas la loi. Le législateur, à la vérité, n'a pas ignoré l'évolution. Il l'a suivie jusqu'à un certain point en décidant de faire admettre dans les hôpitaux publics certains malades non indigents, tels que les accidentés du travail et les assurés sociaux. Mais les lois de 1898, de 1929 et 1930 n'ont sanctionné qu'en partie le fait accompli. Elles n'ont qu'insuffisamment étendu le rayon d'action théorique des établissements publics hospitaliers. Le malade payant reste ignoré par la loi, alors qu'aucun hôpital ne refuse plus de l'admettre. La puissante vague de l'évolution a déferlé sur la digue de la légalité qui devait la contenir. Il n'y a plus qu'à consacrer le fait accompli et à assigner à l'action hospitalière un domaine précis, afin de couper court aux abus. Mais aucune des propositions de lois en instance devant les chambres pour réglementer l'admission des malades payants dans les hôpitaux publics n'a encore abouti.

Voilà ce que nous appelons « l'imprécision des limites du service public hospitalier ».

Ses conséquences quant à la responsabilité de l'établissement peuvent être très graves. N'a-t-on pas dit, et certains tri-

bunaux n'ont-ils pas admis, que l'administration hospitalière qui accepte des malades payants en dehors du cadre des usagers tracé par la loi doit être réputé agir dans les mêmes conditions qu'un particulier, que, par conséquent, la responsabilité, dans ce cas, doit être réglée, non pas suivant les principes et par les juges de la responsabilité administrative, mais suivant les principes du code civil et devant les tribunaux ordinaires ! N'a-t-on pas parlé à l'occasion des services spécialement réservés aux malades payants de services publics industriels !

Il ne suffit pas, en effet, de constater que les établissements publics hospitaliers ont spontanément élargi leur clientèle. Il importe encore de vérifier si cette extension est admissible en droit, si elle est conforme aux principes du droit administratif. Voilà posé le problème des limites de la spécialité.

§ 2. — Les limites du service public hospitalier. Sa spécialité

Le principe de l'autonomie de la personnalité appelle, en matière administrative, un principe de limitation particulièrement précis. Sans un principe de spécialité rigoureusement observé, l'ensemble de l'administration publique risque d'aboutir à une dangereuse dispersion d'efforts et même à une véritable anarchie. L'individualisation des services sous forme d'établissements publics décentralisés exige le cloisonnement étanche de leur activité.

Il semblerait que ce principe de spécialité ait dû se préciser à mesure que la décentralisation a elle-même progressé, l'autonomie augmentant l'esprit de compétition et de concurrence entre les services désormais indépendants. Or, c'est juste l'inverse qui s'est produit dans l'évolution du droit français depuis le milieu du dix-neuvième siècle. La notion de spécialité très rigoureusement appliquée par les premiers auteurs du droit administratif s'est progressivement élargie. Les établissements décentralisés ont, en effet, une tendance jusqu'à un certain point légitime à s'adjoindre des services plus ou moins connexes et la jurisprudence encouragée par la doctrine a sanctionné cette tendance.

Si l'on prend le terme dans le sens restrictif que lui avaient donné d'anciens auteurs, l'établissement public hospitalier ne pourrait s'occuper que de l'hospitalisation de malades indigents et assurés sociaux, de l'entretien des vieillards et incurables et d'enfants assistés. Ainsi, la plupart des établissements publics hospitaliers actuels ne seraient plus dans la légalité.

Le problème se réduit à une question de mesure. Il faut renoncer à trop de rigidité. Mais il ne suffit pas, sous prétexte de souplesse, de laisser dans le vague les limites de la spécialité des établissements publics hospitaliers.

Nous aurons à nous demander dans quelle mesure l'incompétence *ratione materiae* des établissements publics hospitaliers affecte leur responsabilité. Il faut donc essayer de tracer les limites de la spécialité.

Quelle est actuellement la portée du principe reconnu en doctrine et en jurisprudence ? Quelle est la situation exacte des établissements publics hospitaliers ? Quelles sont les sanctions ? Voilà les questions que nous allons examiner.

I. — *Portée du principe*

Notons d'abord que le *principe de la spécialité* n'est pas formulé dans un texte législatif, mais qu'il constitue un principe d'ordre et d'organisation inhérent à la nature des services publics, c'est-à-dire une conséquence logique et nécessaire de l'unité de l'Etat et de l'absence de tout esprit de concurrence entre les divers services qu'il a organisés. Tel est le principe qu'implique toute loi portant organisation d'un service public.

Hauriou a cru qu'il a été « touché à mort » (20) par les lois du 22 mars 1890 et du 9 avril 1898. Mais il faut admettre qu'il n'a eu en vue, en ce disant, que le principe entendu au sens étroit qui dominait encore dans la deuxième moitié du siècle passé. M. Michoud, par contre, met en garde contre « une interprétation stricte et judaïque » des statuts des établissements publics, interprétation qui « aurait pour conséquence, en les enfermant dans d'étroits compartiments séparés, par des cloisons étanches, de leur interdire toute adaptation au milieu

(20) Voir : *op. cit.*, 11e édition, page 932.

social et de les empêcher de donner satisfaction à des besoins nouveaux et imprévus ».

Il ajoute qu'« il ne paraît nullement désirable d'empêcher des établissements publics, même avec leur patrimoine primitif... d'adjoindre à leur objet primitif des objets accessoires se rattachant plus ou moins directement à leur mission principale et ne rentrant dans la compétence d'aucun autre établissement public » et que cette façon de procéder est seule économique.

MM. Deroin, Gory et Worms (21) aboutissent dans la troisième édition de leur ouvrage à une formule beaucoup moins absolue que dans la première édition, formule susceptible d'une interprétation très souple : « l'être moral, créé en vue de l'accomplissement d'une certaine mission, compétent pour réaliser les actes qu'entraîne l'accomplissement de cette mission, est incompétent pour réaliser tous les autres actes ».

Des deux formules, celle de M. Michoud est certainement la plus compréhensive, puisqu'elle ne s'attache plus exclusivement à la notion de mission, mais prévoit « l'adaptation au milieu social » et « la satisfaction de besoins nouveaux et imprévus ». Malgré sa souplesse, elle reste suffisamment précise, puisqu'elle prévient les abus en posant la condition que l'objet accessoire ne rentre dans la compétence d'aucun autre service public.

Nous estimons qu'il n'y aurait aucun inconvénient à limiter davantage cette condition et de dire que l'objet accessoire — que nous supposons nécessaire — pourrait être réalisé bien qu'un autre service public soit compétent pour s'en occuper, dès lors que le recours à ce dernier service compliquerait ou gênerait outre mesure — tout se ramène en dernière analyse à une question de mesure — le fonctionnement de l'établissement. Ainsi, il nous paraît logique d'autoriser un orphelinat à ouvrir une école dans l'établissement, alors que l'école publique la plus proche est située à une distance telle que, pratiquement, il serait difficile ou onéreux d'y conduire tous les jours et par tout temps les orphelins. Cette solution a d'ailleurs prévalu.

(21) Voir : *op. cit.*, tome I, page 262.

II. — *Situation des établissements publics hospitaliers*

Examinons de plus près, au moyen du principe de spécialité ainsi entendu, la *situation des établissements publics hospitaliers.*

1) Quant aux *services d'hospitalisation,* aucun doute n'est possible en ce qui concerne les indigents, les accidentés du travail, les vieillards, les enfants assistés, les orphelins, les invalides de guerre, les femmes indigentes en couches, les assurés sociaux, les aliénés envoyés par le département. Les asiles et dépôts de mendicité, etc., font également partie de la spécialité des établissements hospitaliers.

En somme, le doute, et, par suite, la discussion ne peuvent subsister aujourd'hui que pour deux genres de services hospitaliers : les services de malades payants et les consultations ambulantes gratuites et payantes. L'établissement public hospitalier peut-il légalement recevoir des malades payants et donner des consultations ambulantes?

a) *L'admission des malades payants.* — On comprend mal, au premier abord, comment le fait du paiement par le malade pourrait motiver l'exclusion radicale des malades payants des hôpitaux publics, puisque les lois actuelles d'assistance hospitalière prévoient pour les catégories d'assistés les plus importantes le remboursement des frais d'hospitalisation. Comment une personne offrant de payer elle-même les frais qu'elle occasionne aurait-elle moins de droits envers la collectivité qu'une personne pour laquelle cette collectivité est obligée d'intervenir ?

1° Pour l'intelligence de la question de l'admission des malades payants, il est indispensable d'examiner au préalable quels sont les *intérêts en présence.*

Quatre groupes de personnes y sont intéressés : en première ligne, évidemment, les malades payants eux-mêmes, ensuite, les malades bénéficiaires des lois d'assistance, en troisième lieu, les médecins praticiens et leurs syndicats, enfin, l'établissement public hospitalier.

Les malades payants réclament leur admission. Nous ne re-

venons pas sur la constatation que leur admission devient de plus en plus un véritable besoin justifiant l'organisation collective.

Les indigents, eux, ont parfois des intérêts contraires. Ils sont forts d'une législation qui leur réserve la dotation hospitalière. C'est pour eux et pour eux seuls que les établissements publics hospitaliers possèdent un patrimoine. Ils ont intérêt à l'utiliser à l'exclusion de tous autres. On ne saurait nier que les indigents occupent la position la plus forte. L'hôpital, avant d'engager des dépenses pour les malades payants, doit incontestablement avoir satisfait aux exigences des lois des 7 août 1851, 15 juillet 1893, 9 avril 1898, 27 juin 1904, 14 juillet 1905, 5 avril 1928, 30 avril 1930, etc... Concluons immédiatement que ce n'est qu'à titre accessoire que l'hôpital public, maison des pauvres, pourra admettre des malades payants.

Les médecins praticiens, organisés dans des syndicats qui ont une doctrine, prennent — dans leur propre intérêt — les fait et cause des indigents. Ils protestent, avec une véhémence qui trahit leur intérêt, contre l'admission des malades payants à l'hôpital public (22). Les médecins s'élèvent à bon droit contre l'organisation des services payants là où l'initiative privée a réussi à organiser des maisons de santé suffisant aux besoins de la population non indigente, car l'exercice de la médecine ne doit être entravé d'aucune façon par l'autorité publique. Il est certain, de l'autre côté, que les hôpitaux en créant des services de malades payants ne se sont pas toujours préoccupés, comme ils auraient dû le faire, de cette nécessité qui résulte de la nature même du service public.

Trop souvent, ils ont pris recours à la création de services payants sans aucun besoin, mais en vue d'assainir leur situation financière devenue critique, notamment à la suite de la guerre. Bien que ces revenus, en dernière analyse, profitent aux indigents eux-mêmes, il faut faire toutes réserves quant à la régularité du procédé, car l'administration n'a pas pour

(22) Voir notamment l'exposé des motifs d'une proposition de loi déposée à la Chambre des Députés par M. Brandon — Chambre des Députés, séance du 21 février 1935, n° 4742 — proposition qui tend à réserver les hôpitaux aux indigents : voir R. H. 1935, p. 308, et le rapport de la Commission de l'Hygiène, séance du 19-3-1936, Annexe n° 7068. (Cette proposition constitue une réaction à notre sens excessive contre l'évolution des choses.)

objet de créer des richesses ; elle ne peut pour des raisons pécuniaires entrer en concurrence avec l'entreprise privée. On a riposté, il est vrai, dans le camp hospitalier, en invoquant le principe du service social que l'hôpital est appelé à rendre. Mais, les syndicats médicaux ne répliquent pas sans raison qu'en réalité les médecins sont parfaitement à même de satisfaire aux besoins et que l'intérêt des praticiens est un intérêt légitime, digne d'être sauvegardé par les pouvoirs publics.

Du côté des établissements hospitaliers eux-mêmes, répétons que l'argument financier, souvent invoqué, n'est pas probant, mais au contraire inadmissible. Ces établissements, pas plus que l'Etat lui-même, ne doivent, en effet, prendre la qualité de commerçant en vue d'entrer en concurrence avec les particuliers.

Légalement, les établissements publics hospitaliers ne sauraient organiser l'admission de malades payants qu'au cas où l'entreprise privée est insuffisante pour satisfaire le besoin. Cette insuffisance peut provenir de plusieurs chefs. D'abord, pour certaines couches moyennes de la société, non indigentes au sens de la loi, les tarifs des praticiens et des maisons de santé privés sont nettement prohibitifs, alors que l'hôpital public est à même de leur garantir des prestations suffisantes à des prix abordables. Ce sont ces gens de condition moyenne devenus fort nombreux depuis la Grande Guerre, qu'on a appelés les « demi-indigents ». L'hôpital peut-il leur refuser l'admission ? — Ensuite, dans certaines régions où l'initiative privée n'a pas trouvé un intérêt suffisant pour organiser des maisons de santé, l'administration ne doit-elle pas intervenir pour suppléer à l'initiative privée défaillante ? — Enfin, certaines installations et certains services sont systématiquement négligés par l'entreprise privée, soit en raison de leur coût excessif, soit en raison du caractère très spécial de leur fonctionnement, soit en raison des dangers qu'ils comportent pour l'entourage (notamment les services de contagieux). C'est encore aux établissements publics qu'il incombera de mettre leurs services à la disposition des non-indigents, naturellement moyennant paiement d'une taxe appropriée. L'on pourrait citer, en outre, en faveur de l'admission de certains malades

payants à l'hôpital public, l'intérêt qu'ont ces malades d'être soignés par des médecins hospitaliers exerçant une spécialité difficile dont ils ont le monopole.

2° Voilà les intérêts en présence. Quittons à présent le domaine des luttes d'intérêts trop souvent envenimées et entrons dans l'*étude juridique de la légalité* des services de malades payants.

Nous avons eu l'occasion de dire que le législateur a ignoré jusqu'à présent les malades payants.

Ce n'est pas tout à fait exact. Il y a eu de tout temps certains malades payants à l'hôpital public. Le législateur ne l'a pas toujours ignoré. La preuve en est le « droit de déshérence », en vertu duquel les hospices et hôpitaux « recueillent les objets mobiliers apportés par le malade dont le traitement et l'entretien ont été acquittés de quelque manière que ce soit, si ce dernier vient à mourir » (23).

Remarquons que, récemment, le législateur a au moins indirectement reconnu l'existence de services payants en prescrivant dans l'art. 6 de la loi du 30 avril 1930 sur les assurances sociales que... « en cas d'hospitalisation les frais à supporter par la Caisse... seront contenus dans les limites qui ne dépasseront pas les tarifs pratiqués dans les établissements hospitaliers de l'assistance publique à l'égard des malades admis au tarif le plus bas des *malades payants* ».

Cependant, il y aurait quelque exagération à considérer ce texte, préparé d'ailleurs par le gouvernement, comme base de l'organisation de services payants. Malgré la citation accidentelle des payants dans la loi, nous nous trouvons dans un domaine vierge de législation. Est-ce à dire que l'administration publique ne puisse y pénétrer ?

Nullement. Le droit constitutionnel admet que le gouvernement, en vertu de son pouvoir réglementaire, comble les lacunes de la loi quand le besoin s'en fait sentir. Nous avons expliqué comment l'appauvrissement des classes moyennes, qui caractérise le premier tiers de ce siècle, combiné avec la techni-

(23) Voir : loi du 15 Pluviôse An XIII et avis du Conseil d'Etat du 3 novembre 1809.

cité croissante du service hospitalier, a créé le besoin de l'admission des payants (24).

Notons, d'ailleurs, que parmi tous les services publics existants, seul l'établissement public hospitalier pourra être chargé des services hospitaliers payants. Le principe de la spécialité tel que l'a entendu M. Michoud ne s'oppose donc pas à ce que le pouvoir central autorise les établissements hospitaliers à organiser l'admission des payants.

Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la légalité de l'assistance médicale partielle. Dans un avis du 19 janvier 1926, la section de l'intérieur du Conseil d'Etat (25) a affirmé sans réserve que cette forme d'assistance est légale, en précisant que cette solution se dégage des travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1893, et que le but de cette loi n'a nullement été de limiter l'assistance, mais d'imposer des obligations minima aux départements.

Le Gouvernement s'est effectivement préoccupé de la question. Mais, comme en matière d'organisation du service hospitalier, les commissions administratives des établissements possèdent le pouvoir réglementaire en vertu de l'article 8 de la loi du 7 août 1851, il s'est contenté de donner des recommandations par la voie du règlement-type élaboré par le Ministère de l'Intérieur pour le service intérieur des hospices et hôpitaux. Il s'est borné de recommander aux préfets et aux commissions administratives de réglementer la matière conformément aux dispositions-types contenues dans ce règlement-modèle.

Le règlement-type des établissements hospitaliers accuse dans cette matière une évolution des plus intéressantes.

Le règlement-type de 1840 (26) ignore encore totalement les malades payants. Il n'admet aucune exception au principe posé

(24) Pour avoir une idée exacte de l'évolution de la question de l'assistance aux personnes de condition moyenne, nous recommandons vivement au lecteur de se reporter au rapport très étudié, lu par M. Léon Noël, maître des requêtes au Conseil d'Etat et commissaire du Gouvernement près le Conseil Supérieur de l'Assistance publique et la Commission Centrale d'Assistance, lors du Congrès national d'Assistance Publique et Privée à Nancy en 1927 (Berger-Levrault).

(25) *Revue philantropique*, février 1926, p. 131.

(26) Circulaire du Ministère de l'Intérieur du 31 janvier 1840, *Bulletin du Ministère de l'Intérieur*, 1840, p. 39 et suiv.

dans son article 9 : « L'admission ne peut être accordée hors les cas d'urgence que sur la présentation d'un certificat de l'autorité compétente attestant l'indigence du malade ».

Le règlement-type contenu dans la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 15 décembre 1899 est bien plus libéral. Dans son article 26, il prévoit l'admission des payants en salles communes et en chambres séparées, tout en spécifiant (27) que « le principe de la spécialité des établissements publics ne permet de réserver des lits aux malades payants qu'à titre exceptionnel et dans une faible proportion, l'hôpital et l'hospice étant par définition affectés aux pauvres ».

Il s'empresse, d'ailleurs, de dissiper l'impression d'hésitation qui se dégage de cette affirmation en interprétant dans un sens compréhensif le terme « pauvre », qui « n'implique pas l'absence totale de ressources ».

Mais la circulaire va bien plus loin. Elle autorise les hôpitaux à recevoir « dans des locaux spéciaux et moyennant un prix suffisamment rémunérateur des malades atteints de maladies contagieuses, des malades étrangers de passage et en général des malades dont le cas nécessite une opération grave ».

Il résulte nettement du contexte de l'instruction que cette concession faite aux malades payants est due à un besoin constaté.

Le dernier règlement-type paru en 1926 élargit encore le sens du terme « pauvre » qui « doit être entendu largement ». Il vise tous les « malades » qui sans être pauvres ne peuvent payer les frais élevés d'une clinique... ».

Il ajoute une quatrième catégorie — la plus importante — de malades payants : ceux qui pourront être admis « lorsqu'il n'y a pas dans la commune de leur résidence de maison de santé » ou lorsque ces malades « n'ont pas de ressources suffisantes ». Ces malades pourront d'ailleurs indifféremment être admis soit en salles communes, soit dans des locaux spéciaux.

Les malades payants peuvent donc dans l'état actuel de notre droit être admis dans les établissements publics hospitaliers.

Mais leur admission doit rester limitée. Elle ne peut d'au-

(27) Voir note 3 sous cet article.

cune façon ni entraver le fonctionnement intégral des lois d'assistance, ni concurrencer, sans nécessité, l'entreprise privée. Le patrimoine des établissements publics hospitaliers est en tout premier lieu affecté aux pauvres. Il ne peut servir à créer et à entretenir des lits de malades payants qu'à la condition que l'administration ait suffi aux besoins de l'assistance hospitalière. Certains services entièrement réservés aux malades payants sont d'ailleurs dus à des fondations.

b) *L'admission des malades ambulants.* — La même solution doit-elle être admise pour les malades ambulants ? Notons que pour les indigents, le règlement-type autorise expressément la consultation à l'hôpital. Mais que faut-il décider quant aux consultations payantes ? N'est-ce pas sérieusement entraver la libre concurrence des médecins praticiens que d'admettre les malades non nécessiteux à la consultation hospitalière ? (28)

De deux choses l'une, en effet, ou bien ce malade sera hors d'état de payer les honoraires d'un médecin, et alors il tombe sous la catégorie des administrés en vue desquels l'hôpital est créé, ou bien il peut payer, et alors il ne faut pas qu'il ait un intérêt pécuniaire d'aller plutôt à la policlinique de l'hôpital que chez le praticien établi à son compte. Il devra donc payer à l'hôpital des honoraires correspondant au tarif des médecins.

En tout cas, ce serait contraire à l'intérêt et de l'individu et de la collectivité de lui refuser d'aller à la consultation de clinique, si le praticien ne peut, faute d'installations, garantir des examens et des traitements aussi complets et perfectionnés.

2) Quant aux *services accessoires de l'hospitalisation,* ils sont légalement organisés dès lors qu'ils ne sont créés que pour les malades de l'établissement.

Ces installations peuvent également, dans certaines conditions, être utilisées pour les malades externes. Mais la question s'est souvent posée de savoir si ces services peuvent légalement travailler pour des personnes autres que celles en vue des-

(28) Voir sur cette question l'attitude prise par le C.E. à l'égard d'un service médical payant ouvert par une municipalité, C.E. 26 octobre 1934, D.H. 1935, p. 56. Dans cette espèce, le C.E. a souligné que ce service n'est légal que si sa création est motivée par des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire par un besoin impérieux.

quelles l'administration les possède (fourniture de courant électrique, d'eau, de glace, etc., à des personnes extérieures à l'administration et notamment à des particuliers). Il semble que rien ne s'oppose à de pareilles fournitures, si elles sont faites à d'autres personnes du droit public pour les besoins de leur service, et si elles ne rentrent pas dans la spécialité d'un autre service public.

Par contre, il nous paraît certain, — sauf en cas de circonstances tout à fait exceptionnelles — que le principe de la liberté du commerce et de l'abstention des personnes publiques en matière de commerce ne permettent pas à l'établissement public de devenir fournisseur de simples particuliers, alors que l'industrie privée est parfaitement à même d'assurer ces fournitures ou travaux.

III. — *Quelles sont les sanctions auxquelles s'expose l'établissement public hospitalier s'il enfreint le principe de la spécialité ?*

La loi, qui n'a pas formulé en termes exprès le principe de la spécialité, n'a pas organisé non plus de sanction spéciale pour obtenir qu'il soit respecté. Les seules sanctions efficaces sont — abstraction faite des poursuites pénales et disciplinaires envers les membres de l'organe ayant pris la décision — le refus d'approbation par l'autorité de tutelle et le recours pour excès de pouvoir devant les tribunaux administratifs, qui est d'ailleurs enfermé dans d'étroits délais (sauf le recours dans l'intérêt de la loi que peut à tout moment former le ministre). Souvent l'infraction au principe de la spécialité constituera une véritable voie de fait. L'acte fait en dehors de toute compétence est administrativement inexistant et seuls les tribunaux ordinaires connaîtront de ses conséquences.

Ainsi l'activité exercée en contravention au principe de spécialité est de nature à charger l'établissement d'une responsabilité accrue.

CHAPITRE II

LES CARACTÈRES DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

Nous avons souligné que ce n'est pas du côté des principes, mais du côté de l'activité de l'établissement public hospitalier qu'il faut rechercher l'originalité et les caractères nouveaux de la responsabilité hospitalière. Mais il nous paraît indispensable de faire ressortir, avant de préciser cette originalité et les caractères nouveaux, le caractère administratif de la personne que nous aurons l'occasion d'observer comme auteur de dommages.

SECTION I

Les caractères généraux de la responsabilité de l'établissement public hospitalier

L'établissement public hospitalier est une personne morale du droit public, c'est-à-dire un sujet de droits privés et de droits de puissance publique spécialement créé en vue d'assurer un service public.

Concluons-en — l'hésitation n'est plus permise aujourd'hui dans cet ordre d'idées — que sa responsabilité est, en principe, de nature administrative et que, par conséquent, la connaissance des actions en responsabilité intentées contre lui appartient exclusivement à la juridiction administrative, sauf les exceptions — très nombreuses d'ailleurs — que nous aurons à enregistrer et à discuter. Trop de tribunaux judiciaires, mê-

me des Cours d'Appel, saisis d'actions en responsabilité intentées contre des établissements publics hospitaliers ont heurté et heurtent encore les conceptions des mieux assises en matière de séparation des pouvoirs. Il est surprenant de constater qu'en matière de responsabilité hospitalière ils montrent si peu d'empressement pour suivre le mot d'ordre contraire maintes fois donné par la Cour de Cassation. A ce point de vue, le rattachement théorique de la responsabilité hospitalière à la responsabilité administrative en général apparaît comme une véritable nécessité de l'heure actuelle.

D'autres conséquences de la nature administrative de l'établissement public hospitalier doivent, dès l'abord, être signalées : c'est, d'une part, — problème général de droit public — la limitation de la responsabilité résultant de la non-identité de la personne morale administrative avec ses organes et de l'existence d'une responsabilité personnelle des agents ; c'est, d'autre part, — et voilà un problème spécifiquement hospitalier — la limitation de la responsabilité résultant de la tutelle des hospices et hôpitaux, car, en droit autant qu'en morale et en droit administratif autant qu'en droit privé, toute limite à la liberté constitue une restriction de la responsabilité. Nous retrouverons toutes ces questions.

Gardons-nous, cependant, d'admettre que le problème de la responsabilité des établissements publics hospitaliers se réduise à une simple mise en pratique des principes de la responsabilité de la puissance publique dégagée au cours des dernières années tant par la doctrine que par la jurisprudence administrative et judiciaire. Il présente un intérêt théorique propre ; nous allons maintenant le démontrer.

SECTION II

Les caractères spécifiques de la responsabilité hospitalière

La responsabilité étant le corollaire de l'activité, son étude ne va pas sans l'étude de cette activité.

Or, à mesure qu'on approfondit la nature de l'action hospitalière on constate qu'elle comporte certaines particularités affectant sa responsabilité.

Anticipant sur l'explication de ces particularités, nous affirmons, dès à présent, que le problème de la responsabilité des établissements publics hospitaliers n'est pas un problème de droit spécial, mais c'est le problème de l'application du droit général de la responsabilité administrative aux situations particulièrement complexes et originales de la vie hospitalière.

Abstraction faite de l'imprécision de la mission incombant aux établissements publics hospitaliers, deux caractères dominants nous frappent quand nous examinons de plus près leur activité, sa complexité et sa technicité ; deux caractères qui, au point de vue de l'appréciation de la responsabilité, constituent autant de sources de difficultés et qui, pour cette raison, méritent une étude pour le moins succincte.

§ 1. — La complexité de la vie hospitalière

Cette complexité apparaît dans un double sens : d'une part, les rapports qui se forment entre l'établissement public hospitalier et les personnes en relation avec lui sont aussi variés que dissemblables et leur nature véritable n'apparaît pas clairement à première vue, mais exige, au contraire, une étude minutieuse.

D'autre part, il est fort malaisé de déterminer avec précision le contenu de la prestation incombant à l'administration hospitalière.

1° La longueur de la liste des personnes entrant en relations avec l'hôpital est suggestive. Nous citerons :

Les administrés, c'est-à-dire les malades de toutes les catégories, les indigents, les assurés sociaux, les malades payants, les hospitalisés et les simples consultants, les orphelins, les vieillards, les aliénés, etc... ;

Les entrepreneurs et fournisseurs de tout ce qui est indispensable à la vie de l'établissement ;

Les locataires et fermiers du domaine ;

Un grand nombre de personnes du droit public, l'Etat, l'autorité de tutelle, les communes, les multiples organisations d'assistance publique et d'assurance sociale, les Facultés de Médecine ;

Un personnel aussi disparate que nombreux : professeurs, médecins, étudiants, stagiaires, infirmières et sœurs de charité, infirmiers, servantes, employés, ouvriers de tous les métiers, ministres des cultes, etc., etc.;

Enfin, les tiers victimes de l'activité hospitalière.

Remarquons que l'hôpital n'est pas seulement mis en contact avec le malade lui-même ; le plus souvent, il faut qu'il traite avec des intermédiaires, avec le bureau de bienfaisance, la Préfecture, la Mairie, les caisses d'assurance sociale ; sans compter que, pour le décompte des frais, la situation est également très variée suivant les catégories de malades considérées.

L'extraordinaire diversité des relations qui s'établissent saute aux yeux. Elle complique singulièrement le problème de la responsabilité, car pour le solutionner il faudra d'abord étudier et préciser la nature de ces multiples rapports et rouages, puis déterminer séparément pour chaque groupe l'étendue et les principes de la responsabilité de l'établissement. Souvent, il faudra se préoccuper également de la répercussion que peut entraîner à l'égard de cette responsabilité l'activité, la faute de toutes ces personnes.

Pour illustrer l'importance de ces difficultés, citons, à titre d'exemple, la situation des usagers eux-mêmes. Ne semble-t-il pas, à première vue, que le malade admis à l'hôpital, ou son ayant-droit, passe avec l'administration hospitalière par le fait ou à l'occasion de son admission une sorte de contrat exprès ou tacite, suivant lequel l'administration s'oblige à lui fournir l'hospitalisation avec tous les accessoires qu'elle comporte, tandis que le malade, ou la caisse d'assistance ou d'assurance compétente s'oblige à payer le prix de journée. Cette situation d'apparence essentiellement contractuelle ne paraît-elle pas, à première vue, évidente dans le cas du malade payant ! Or, rappelons que l'hôpital est un service public et que les relations du service public avec ses usagers ne sont pas, en règle

générale, des relations de nature contractuelle ! On aperçoit sans peine l'importance et les difficultés du problème de la nature véritable de ces relations, qui, nécessairement, devra être résolu avant que puisse être posé le problème de la responsabilité.

La question s'impose, non seulement pour les multiples catégories d'usagers, mais également pour tous les autres groupes de personnes entrant en contact avec l'administration hospitalière : le personnel, les fournisseurs, les tiers, etc...

Si la variété des relations juridiques entraîne ainsi une multiplication inattendue des problèmes de la responsabilité, le caractère imprécis et aléatoire de la prestation à fournir par l'hôpital rend extrêmement délicate l'appréciation de l'étendue de la responsabilité qu'encourt l'administration, notamment envers ses usagers.

2° Cette deuxième source de complications constitue, d'ailleurs, une caractéristique plus typique encore du problème de la responsabilité hospitalière. L'appréciation de la prestation due par l'hôpital à l'usager — question essentielle de notre étude — est, en effet, pour le moins fort malaisée. Dès qu'on cherche à analyser le détail de cette prestation, on est frappé de sa bigarrure et de son indétermination. Elle comprend, par exemple, pour le malade hospitalisé le logement, la nourriture, une certaine protection de la personne et des choses, une certaine surveillance et des soins médicaux, l'obligation au secret professionnel, etc. Mais comment l'hôpital doit-il loger le malade ? Quelle nourriture lui doit-il ? Où est la ligne de séparation entre le devoir de protection de l'établissement et son pouvoir disciplinaire, d'une part, et la liberté de l'intéressé, d'autre part ? Dans quelle mesure l'administration hospitalière est-elle tenue au respect du secret professionnel ? Quels soins doit-elle au malade ? Comment choisira-t-elle dans l'infinie variété des moyens proposés par la Médecine ?

Pour pouvoir donner une base solide aux solutions de la responsabilité de l'hôpital envers ses malades, ne semblerait-il pas qu'il faille d'abord fixer avec précision le contenu obligatoire de la prestation hospitalière ?

Cette façon de procéder serait, en effet, la plus simple et

la plus sûre. Elle aboutirait à une responsabilité facilement appréciable pour inexécution ou mauvaise exécution d'obligations précises.

Or, elle est impossible. Dans cette matière, loin de pouvoir formuler l'obligation au moyen de principes obligatoires et universels, il faut se résigner à constater qu'en réalité la distinction entre l'obligatoire et le facultatif est à tel point fuyante et imprécise que, tout compte fait, le bon vouloir, l'intégrité et la capacité professionnelles de l'agent et, par conséquent, une forte organisation hiérarchique profitant d'une routine solidement ancrée dans le personnel constituent bien souvent les seules garanties efficaces de la bonne exécution du service. L'étonnante diversité des cas empêche la conception de principes rigides susceptibles d'application universelle. La nécessité de la subordination de toute l'activité aux besoins du traitement médical impose l'individualisation jusque dans les prestations matérielles et, à plus forte raison, dans les prestations que — à seule fin de marquer la distinction — nous appellerons morales (surveillance, protection, etc.). Malgré tous les essais de réglementation, de schématisation de la prestation, il arrivera toujours un moment dans l'évolution de la maladie où le schéma se révèlera insuffisant, imprévoyant. Un exemple cité au hasard suffira pour l'illustrer : admettons que, dans un service d'aliénés, ou dans un service d'opérés de la cataracte, le règlement prescrive (voilà le minimum) que, la nuit, la ronde aura lieu toutes les demi-heures. Il est trop clair, qu'en dépit de ce règlement, l'hôpital est tenu d'organiser une surveillance à intervalles moins longs, ou même une surveillance continue, si un malade est particulièrement agité ou si l'opéré est en proie à des délires continuels. Le caractère relatif et individuel de l'activité hospitalière s'oppose à une détermination générale et absolue de la prestation due. Le caractère — malgré tous les progrès réalisés, encore empirique — de l'activité médicale et de l'activité hospitalière qu'elle domine empêche une réglementation minutieuse et complète de la prestation hospitalière.

Toutefois, dans les prestations matérielles (logement, nourriture, etc.) certains éléments isolés sont exceptionnellement

susceptibles d'une détermination générale et les essais entrepris dans ce domaine ont pu aboutir à la détermination de prestations minima uniformes. Il s'agit de facteurs indépendants de l'activité curative proprement dite : régimes-types pour les malades n'ayant pas à suivre de régime alimentaire particulier (détermination de la quantité des denrées par tête de malade, etc.), détermination d'un cubage minimum par lit dans les salles de malades, détermination du mobilier-type des salles, etc...

Mais, notons immédiatement que ces prestations découlant des principes universels de l'hygiène moderne ou dictées par des préoccupations de confort ne constituent que l'accessoire de la prestation hospitalière proprement dite. Par ailleurs, elles ne sont pas de celles dont l'exécution imparfaite est susceptible d'entraîner, pratiquement, des actions en responsabilité.

Nous n'avons pas connaissance d'un seul cas, dans lequel un tribunal ait été appelé à statuer sur la responsabilité d'un établissement hospitalier pour inobservation de ces principes. Dans la plupart des cas, en effet, leur mise en œuvre n'aboutit pas à des constatations directes, à des résultats tangibles. Ils ne servent qu'à créer un milieu, une ambiance favorable. Leur inobservation, qui est souvent la règle, ne peut conférer aucun droit au particulier.

En dehors de cet étroit domaine d'exception, il faut se rendre compte, au surplus, que la notion du minimum de la prestation hospitalière se heurterait à une considération d'ordre moral dont l'importance, dans la vie hospitalière, ne peut être assez soulignée : dans le service des malades, où les qualités d'abnégation, de dévouement et de sacrifice sont au premier plan, la détermination d'une prestation minima n'aurait-elle pas, en effet, quelque chose d'ignoble et de révoltant ; le malade ne doit-il pas recevoir les meilleurs soins possibles pour le sauver, pour lui rendre la santé ? A part, peut-être, certaines prestations matérielles, ce n'est pas une prestation minima, mais une prestation maxima que doit l'administration hospitalière à ses malades. C'est une prestation complète, la meilleure qu'elle puisse assurer eu égard à ses ressources et à ses moyens. Les tribunaux saisis de demandes en dommages-in-

térêts par les victimes de l'activité hospitalière adopteront volontiers ce point de vue, qui seul tient compte de la mission élevée des hôpitaux, qui est de protéger et de sauver des vies humaines.

Le moment est venu de tirer les conséquences résultant, quant à la responsabilité de l'administration, de la complexité de la vie hospitalière ainsi entendue. D'un côté, nous sommes obligés de reconnaître l'impossibilité de préciser le contenu exact de la prestation due à l'usager. Mais, de l'autre côté, nous trouvons au-dessus de l'administration un juge porté à sanctionner sévèrement la moindre défaillance du service public hospitalier. Voilà une antinomie qui illustre bien la gravité du risque que courent les hospices et hôpitaux en matière de responsabilité envers leurs administrés.

Impossibilité, d'abord, — inhérente à la nature de l'activité hospitalière — de mesurer la prestation due au moyen de points de repère et de schémas préétablis suivant des principes universels ; impossibilité, ensuite, de renoncer aux qualités morales et intellectuelles du personnel, qualités aussi indispensables qu'exceptionnelles, qui échappent, évidemment, à toute réglementation et à toute mesure objective et qui ne s'apprécient qu'eu égard aux circonstances particulières de chaque cas ; nécessité, enfin, d'adapter la prestation aux progrès de la science médicale et de la technique hospitalière : voilà autant de facteurs d'incertitude et de risque caractéristiques de l'activité, et par conséquent de la responsabilité des établissements publics hospitaliers.

Pratiquement, et au point de vue de la méthode à suivre, il faut conclure, que, malgré son caractère spécial, l'étude de l'obligation de l'administration hospitalière envers ses usagers ne pourra aboutir qu'à des constatations générales, et non pas à des principes définissant avec précision l'obligation. Il serait vain d'apprécier la responsabilité par l'étude directe d'une sorte d'obligations nettement formulées incombant à l'hôpital envers ses malades. Il faut, au contraire, se contenter d'atteindre la responsabilité par la voie indirecte, en précisant les circonstances dans lesquelles l'administration n'agit pas d'une ma-

nière satisfaisante, attitude, d'ailleurs, qu'adoptera le juge qui recherchera et appréciera la faute.

En ce qui concerne l'usager tout au moins, ce n'est donc pas une responsabilité pour inexécution d'obligations préétablies ou pour violation de la règle de droit que nous allons étudier. C'est plutôt, réserve faite du caractère administratif, une sorte de responsabilité quasi-délictuelle. Nous aurons l'occasion de vérifier, en partant cette fois de considérations exclusivement théoriques, qu'elle n'est pas, en effet, de nature contractuelle.

Terminons ces explications en résumant que l'activité hospitalière, dominée par le progrès scientifique et par la constante hausse du standard de la vie en général, va en se compliquant sans cesse. Or, plus l'activité se complique, plus la responsabilité qu'elle engendre devient elle-même incertaine et fugitive et demande une étude approfondie et spéciale. La variété croissante de l'activité hospitalière élargit sans cesse le problème de la responsabilité ; l'imprécision et la complexité croissantes de l'obligation voilent de plus en plus la solution.

L'imprécision de la prestation hospitalière a son origine — nous l'avons fait pressentir — dans le caractère technique de certaines activités qui en dépendent. La technicité du service public hospitalier, lourde de conséquences au point de vue de la responsabilité, mérite d'être mise en lumière dans une rubrique spéciale.

§ 2. — Technicité du service public hospitalier

C'est une constatation facile à faire dans le droit positif et, notamment, dans la jurisprudence que le caractère technique d'une activité détermine un certain flottement dans la responsabilité qu'elle entraîne. La raison en est parfois dans le caractère aléatoire que comporte cette activité, caractère avec lequel les personnes qui y recourent doivent normalement compter, et, souvent aussi, dans les difficultés particulières que rencontrent le législateur et le juge quand il s'agit de déterminer et de caractériser la faute du technicien.

Les tribunaux ont dû établir avec une grande circonspec-

tion les principes de la responsabilité médicale. La prudence s'imposait, en effet, dans l'appréciation de la faute du médecin, qui exerce l'une des activités les plus difficiles et les plus aléatoires qu'on puisse s'imaginer.

Dans un établissement public non dirigé par des médecins, tel l'établissement public hospitalier, d'autres complications résultent du fait que l'activité technique — précisons, l'activité médicale proprement dite — échappe complètement à la surveillance de l'organe de direction, la commission administrative ; elles nous obligent à nous demander dans quelle mesure la personne morale peut être rendue responsable des suites de l'activité de ses médecins. Dans certains cas, non seulement la commission administrative est hors d'état de surveiller les qualités scientifiques de cette activité, mais elle ne choisit même pas librement le personnel appelé à l'exercer. Sa responsabilité semble devoir alors être plus sérieusement limitée encore.

Une situation à part doit être faite dans cet ordre d'idées aux hôpitaux dits universitaires, c'est-à-dire à ces hôpitaux dans lesquels l'Etat a organisé l'enseignement pratique de la médecine. Dans ces établissements, en effet, le personnel universitaire (professeurs, étudiants, etc...) entre directement en contact avec les malades dans un but d'enseignement et cela sous sa propre responsabilité, bien entendu. Fréquemment, cependant, les soins et l'enseignement sont donnés simultanément, par un seul et même acte. A qui incombe alors la responsabilité, au médecin, à l'hôpital ou à l'Université, c'est-à-dire à l'Etat ?

D'une manière plus générale, toutes les personnes qui à l'hôpital, à quelque titre que ce soit, exercent une activité dommageable, quasi-incontrôlable en raison de sa technicité par la commission administrative ou par ses agents, ne doivent-elles pas seules en supporter les conséquences ? L'établissement public lui-même doit-il être exonéré de toute responsabilité pour leurs actes ? Nous citons les pharmaciens, les chefs de laboratoire pour les recherches et préparations, etc...

En somme, la technicité du service public hospitalier nous obligera à examiner dans de multiples cas s'il n'y a pas un

partage de la responsabilité à opérer entre l'établissement public hospitalier d'un côté et le médecin, le pharmacien, le professeur, le savant de l'autre côté.

⁂

Le problème de la responsabilité des établissements publics hospitaliers, ainsi précisé par les principales caractéristiques de l'activité hospitalière, n'apparaît plus comme une simple application des principes généraux de la responsabilité, mais comme une étude présentant un intérêt spécial à la fois théorique et pratique. Les difficultés qui lui sont inhérentes lui sont propres.

Elles ne se retrouvent pas, notamment, dans l'étude de la responsabilité des maisons de santé privées. Ces établissements, en effet, ne sont astreints à aucune condition de légalité particulière, réserve faite, cependant, du contrôle sanitaire institué à leur égard par la loi du 14 janvier 1933. Leur responsabilité continue à être exclusivement régie par les principes du droit privé et table ainsi sur une tradition doctrinale et jurisprudentielle bien assise. Suivant la division classique, elle est de nature contractuelle, délictuelle, quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle suivant la nature de l'activité qui l'engendre.

Il n'y a pas très longtemps, les tribunaux de l'ordre judiciaire se considéraient seuls compétents pour statuer également sur les questions de la responsabilité des établissements publics hospitaliers. Certes, la situation se présentait alors bien plus simple, mais cette simplicité était-elle sans risques pour l'établissement public et répondait-elle à l'intérêt bien compris des individus et de la collectivité ?

Il nous semble indispensable, dès maintenant, tout en nous abstenant de tirer les parallèles entre les compétences administrative et judiciaire, de connaître la courte, mais instructive évolution de la responsabilité hospitalière depuis le milieu du XIX^{e} siècle, car elle nous permettra de reconnaître ses tendances au moment même où elle a connu un remarquable et puissant renouveau.

SECTION III

Les caractères nouveaux du problème de la responsabilité des services publics hospitaliers

Le problème de la responsabilité des établissements publics hospitaliers tel que nous venons de le poser est un problème nouveau dont l'histoire peut être rapidement retracée.

La simplicité, nous venons de le dire, le caractérisait jusqu'au revirement jurisprudentiel que nous venons de signaler.

Plus exactement, avant le XX[e] siècle, il n'y avait pas, pour ces établissements, de problème *spécial* de responsabilité. Cela se comprend aisément.

Les principes de la responsabilité administrative n'étaient pas encore étendus aux administrations publiques locales. Les tribunaux ne pouvaient concevoir de doute quant à la compétence judiciaire, parce qu'ils persistaient à considérer ces administrations comme des organismes créés en vue de gérer des intérêts exclusivement privés et n'exerçant pas d'attributions de puissance publique.

Toutes les difficultés qui — nous venons de le montrer — caractérisent le problème à l'heure actuelle, n'existaient pas alors à un degré de gravité comparable. Exclusivement réservés aux indigents, les hôpitaux publics ne connaissaient ni cette variété d'usagers, ni cette diversité de statuts et des relations juridiques qui les caractérisent aujourd'hui.

La technicité de ces hôpitaux antérieurs à l'utilisation des grandes découvertes médicales et scientifiques du XIX[e] siècle (travaux sur la microbologie et l'aseptie, inventions techniques, et industrielles, etc...) était également bien moindre.

Les principes de la responsabilité du droit commun pouvaient suffire et suffisaient à tous les besoins.

Les annales de la jurisprudence — c'est à elles qu'à défaut de texte il faut recourir pour connaître l'évolution de la responsabilité — permettent de constater qu'avant le XX[e] siècle, les tribunaux n'ont pas été saisis bien souvent de demandes en

responsabilité intentées contre des établissements publics hospitaliers. Il n'y a là, non plus, rien d'étonnant. La population hospitalière du XIXe siècle se composait presqu'exclusivement d'indigents. Or, l'indigent, victime d'une faute de l'administration, n'avait, en général, ni les moyens, ni l'indépendance nécessaire pour exiger en justice la réparation du préjudice à lui causé, alors qu'il n'appartenait qu'au bon plaisir du bureau d'assistance compétent, ou de la municipalité, de continuer ou de faire cesser l'hospitalisation gratuite. L'indigent se trouvait dans un lien de dépendance trop étroit envers les organisation d'assistance pour pouvoir avec profit se mettre en opposition avec elles, alors surtout qu'il continuait à solliciter leur aide. Il est clair aussi que les organisations d'assistance, qui payaient les frais d'entretien des indigents, n'avaient pas un intérêt suffisant pour agir à leur place.

Il n'est donc pas surprenant que la responsabilité n'ait été invoquée avec vigueur qu'à un moment où l'hôpital a dû admettre des malades qui, payant eux-mêmes ou par l'intermédiaire de caisses d'assurance, leurs frais d'entretien, étaient suffisamment indépendants envers l'administration hospitalière pour exiger d'elle l'entretien et des soins au moins suffisants et pour réclamer, en cas de besoin par voie de justice, la réparation du préjudice qu'ils subissaient par la faute de l'établissement. Contrôleurs de la prestation hospitalière, les malades payants obligeaient l'administration avec l'aide des tribunaux à faire un effort sur elle-même en vue de l'amélioration de cette prestation.

Ce retour offensif de la victime de l'activité hospitalière coïncide sensiblement avec l'avènement du XXe siècle. Les lois sur les accidents du travail, la législation des assurances sociales, etc..., l'ont affranchie et l'accès des malades payants dans les hôpitaux publics a entraîné un enrichissement frappant des annales jurisprudentielles en la matière.

Mais le fait capital, dans la rapide évolution du problème de la responsabilité hospitalière, est extérieur à l'activité des établissements publics hospitaliers : c'est l'avènement de la jurisprudence administrative. Dès les vingt dernières années du siècle passé, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits

avaient dégagé la théorie de la compétence exclusive des tribunaux administratifs pour apprécier la responsabilité des services de l'Etat. Il ne nous appartient pas, dans ce cadre étroit, d'en rappeler l'historique et les raisons. Constatons simplement qu'il a fallu attendre les années 1905 à 1908 pour assister à l'extension des principes nouveaux aux communes et aux établissements publics. Depuis cette époque, la querelle des compétences a été chaude entre les juridictions judiciaire et administrative. Sous la pression du Tribunal des conflits, les tribunaux de l'ordre judiciaire peu à peu se sont rendus dans la plupart des cas aux raisons tirées du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Mais en matière de responsabilité hospitalière leur ralliement a été particulièrement lent.

Le principe est universellement reconnu, mais son application a entraîné de vives discussions et la querelle des compétence paraît loin d'être complètement vidée. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, notamment, prétend faire exception au principe de la compétence administrative au cas où l'action en indemnité dirigée contre l'administration est jointe à une action pénale intentée contre l'agent.

Le Conseil d'Etat lui-même, on le sait, tend à l'heure actuelle à atténuer les conséquences extrêmes de son système en refusant de connaître des actes accomplis par l'administration sans recours à la prérogative de puissance publique et en distinguant les établissements publics travaillant dans les mêmes conditions que les entreprises privées, établissements auxquels il refuse d'accorder sa juridiction. Citons notamment les services publics industriels qu'il entend assimiler, au point de vue de la responsabilité, aux entreprises privées. Il faudra examiner très attentivement les chances qui peuvent être attribuées à ces solutions transactionnelles en matière hospitalière.

Cette rapide esquisse de l'évolution récente du problème de la responsabilité des établissements publics hospitaliers permet de constater qu'à l'heure actuelle la question de compétence occupe une place prépondérante. Elle domine en effet la question du fond du droit.

Conclusion et plan. — Sous le bénéfice des constatations que nous a permis de faire cette entrée en matière nous pouvons

à présent affirmer qu'il y a un problème nouveau et spécial de la responsabilité des établissements publics hospitaliers, en ce sens que l'application de la théorie générale de la responsabilité se heurte à des difficultés spéciales provenant, d'une part, de la structure et du fonctionnement de ces établissements, d'autre part, de la nécessité de définir la nature juridique de leurs relations avec les divers groupes d'intéressés (usagers, personnel, fournisseurs, tiers, etc...) et, enfin, de la complexité et de la technicité de leur activité.

En définitive, les constatations que nous venons de faire nous permettent d'organiser notre étude d'après le plan suivant :

Première Partie : LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE ;

Titre I : *La responsabilité pour faute ;*

Titre II : *La responsabilité pour violation de la règle de droit ;*

Titre III : *Les limites à la responsabilité résultant de la représentation et de la tutelle.*

Deuxième Partie : LES PARTICULARITÉS DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE VIS-A-VIS DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES EN RAPPORT AVEC L'ÉTABLISSEMENT ;

Titre I : *La responsabilité envers les usagers du service ;*

Titre II : *La responsabilité envers le personnel ;*

Titre III : *La responsabilité envers les entrepreneurs et fournisseurs ;*

Titre IV : *La responsabilité envers les tiers.*

PREMIÈRE PARTIE

LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

PREMIÈRE PARTIE

LES PRINCIPES
DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

Les constatations que nous venons de faire nous ont permis de conclure que l'établissement public hospitalier encourt une responsabilité distincte de celle de l'Etat : il possède, en effet, la personnalité juridique.

Quant à la détermination des principes de cette responsabilité, la structure et l'objet des établissements publics hospitaliers posent trois ordres de problèmes :

1) Comment les principes d'organisation de la responsabilité pour faute de l'administration s'adaptent-ils au cas particulier de la responsabilité hospitalière ?

2) Quelle est plus particulièrement la responsabilité qu'encourt l'établissement public hospitalier en matière de violation de la règle de droit ?

3) Quelles sont enfin les répercussions qu'entraînent quant à l'étendue de la responsabilité, son caractère de personnalité administrative secondaire ?

TITRE I

LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE

Le caractère exorbitant de la puissance publique appelle même en matière de responsabilité des règles de droit spéciales dont le droit privé n'offre pas l'analogue. La question de compétence administrative, en effet, ne se confine pas dans le seul domaine de la procédure et de l'attribution de juridiction, mais elle déborde largement sur le fond du droit lui-même. Cette constatation nous oblige à préciser dans un chapitre III le caractère administratif de la responsabilité hospitalière.

Cette étude constitue le préambule obligé de la détermination des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité de l'établissement hospitalier, qui fera l'objet du chapitre IV.

Enfin, dans un dernier chapitre, nous aurons à examiner le contentieux de la responsabilité.

CHAPITRE III

LE CARACTÈRE ADMINISTRATIF DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

La nature prétorienne de la juridiction administrative nous oblige à commencer l'étude du caractère administratif de la responsabilité hospitalière par une introduction historique.

Puis nous essaierons de reconnaître dans l'état actuel de cette évolution les bases rationnelles, suivant lesquelles s'opère la délimitation du contentieux administratif.

SECTION I

L'historique de la responsabilité administrative des établissements publics hospitaliers

L'histoire de la responsabilité administrative en ce qui concerne les établissements hospitaliers se rattache — comment en serait-il autrement ? — à l'histoire de la responsabilité de la puissance publique en général.

L'évolution s'est poursuivie parallèlement en matière contractuelle et en matière non contractuelle.

§ 1. — Les situations non contractuelles

La distinction séduisante en théorie des actes d'autorité et des actes de gestion n'a pas manqué d'influencer la jurispru-

dence du Conseil d'Etat, qui s'est longtemps refusé à se reconnaître compétent pour les actions en responsabilité engagées à l'occasion d'actes de gestion.

C'est par l'arrêt Blanco du 1-2-1873 que le Conseil d'Etat a affirmé en matière de responsabilité pour mauvais fonctionnement du service public la compétence exclusive des tribunaux administratifs.

Mais, si le principe était admis pour les services de l'Etat, il n'en allait pas de même pour les services décentralisés (départements, communes et établissements publics). Il a fallu attendre jusqu'au début du XX[e] siècle pour assister à cette extension de la compétence administrative (1).

Cependant, dès 1889, le Conseil d'Etat s'était déclaré compétent pour les actions en responsabilité intentées par des fonctionnaires autres que ceux de l'Etat contre l'administration locale (2).

Remarquons, par contre, qu'en 1905 encore, le Conseil d'Etat décidait en termes généraux : « Considérant que... les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger les contestations qui s'élèvent entre les hôpitaux et les personnes qui y sont admises à tout autre titre que celui d'indigents privés de ressources, régis par la loi du 15-7-1893 » (3).

Mais cette affirmation ne répond plus à l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence du Tribunal des conflits, du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation.

(1) Pour le département, voir « Feutry » Conflits 29-2-08 S. 1908-3-97, incendie de meules de blé par un aliéné évadé et Cass. civ. 30-6-1914, responsabilité de l'Assistance Publique envers une nourrice contaminée par un enfant assisté ; pour la Commune C.E. 23-5-08 Jouillié, S. 1909-3-49 pour les établissements publics hospitaliers, voir également Cass. 30-12-30, Hoffmann contre Hospices de Reims, S. 1931-1-27.

(2) Voir Cadet, 13.12.89-92.3.17.

(3) Voir C.E. 17-3-05, L'Abeille, R.E.B. 1905, page 139.

Cet arrêt, il y a quelques années à peine, préoccupait encore les milieux hospitaliers. Ainsi, nous empruntons au très intéressant rapport sur la question de compétence présenté par M. Chubert, lors du Congrès de 1933 de l'Union Hospitalière du Nord-Ouest et publié dans la *Revue des Hôpitaux*, année 1934, pages 67-79, le passage suivant, dans lequel le rapporteur paraît entièrement s'incliner devant l'arrêt précité du 17-3-1905 :

« Les Tribunaux judiciaires demeurent compétents encore pour juger les contestations qui s'élèvent entre les Hospices et les personnes qui y sont admises à tout autre titre que celui d'indigents privés de ressources, régis par la loi du 15 juillet 1893. »

Certes, l'attitude de la jurisprudence judiciaire, qui, en matière hospitalière, n'a pas toujours saisi toute la portée du principe de la séparation des pouvoirs, pouvait, il y a quelques années encore, servir de justification à pareille affirmation. Mais il n'en est plus de même depuis que la Cour de Cassation (4) s'est déclarée incompétente dans des termes tout à fait généraux pour les actions en responsabilité intentées contre les établissements publics hospitaliers, alors, tout au moins, que la loi n'a pas elle-même réglé la compétence et réserve faite des cas exceptionnels que nous aurons à relever.

Aujourd'hui, le principe est donc acquis et accepté par tous les ordres de juridiction : tout dommage créé par l'exécution du service hospitalier peut donner lieu à une action en responsabilité devant les tribunaux administratifs qui sont seuls compétents (5).

La Cour de Cassation l'a confirmé il n'y a pas très longtemps pour des assurés sociaux dans une affaire Hospices Civils de Strasbourg contre Sommer par un arrêt du 19 mars 1935 (6).

Nous avons dit que toutes les juridictions sont d'accord aujourd'hui sur ces points. Toutefois, il importe de signaler un point important sur lequel la discussion subsiste. La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, tirant argument des articles

(4) Arrêt Hoffmann précité du 30-12-1930.

(5) Voir Cass. 27-2-35, Hospices Civils de Bordeaux contre Labastie, *Gaz. Pal.*, 1935-I-688.

(6) Voici les motifs les plus caractéristiques de cet arrêt :

« Attendu que... la demande de Sommer ne pouvait être appréciée qu'au regard des règles spéciales qui déterminent, en cas de dommage causé à un hospitalisé, la nature et l'étendue des responsabilités incombant à l'administration ; qu'une pareille appréciation postulait la compétence de l'autorité administrative... » et

« ... qu'en effet, la nature des rapports de l'Hospice avec les hospitalisés ne saurait varier suivant que ceux-ci bénéficient de l'assistance médicale et sont provisoirement dispensés du paiement des frais d'hospitalisation ou assujettis par le Code local des assurances sociales à la nécessité de s'assurer et de s'affilier à une caisse de malades, ils sont soumis par cette même loi à l'obligation de se faire hospitaliser en certains cas, dans un établissement public, pour les recevoir moyennant une certaine rémunération à la charge de leurs caisses d'assurances et en se pliant à la même discipline que les assistés, les soins identiques à ceux qui sont donnés à ces derniers.

« ... que l'hospice assurant dans l'un et l'autre cas l'exécution d'un service public dans des conditions non assimilables à celles où fonctionnerait une entreprise privée, cette exécution dans les rapports de l'établissement public avec ses pensionnaires ne peut être appréciée que suivant les principes ci-dessus rappelés et par la juridiction administrative. »

2 et 3 du Code d'Instruction criminelle, se déclare compétente pour condamner l'administration comme civilement responsable des fautes pénales commises par des agents et elle maintient cette opinion malgré de nombreuses décisions contraires du Tribunal des Conflits (7).

Les exceptions au principe de la compétence administrative en matière de responsabilité non contractuelle restent cependant nombreuses :

1) Rappelons, d'abord, que la responsabilité susceptible de résulter de la voie de fait ne peut être appréciée que par les tribunaux ordinaires.

2) Soulignons, ensuite, que la responsabilité qu'encourt l'établissement public hospitalier à l'occasion de l'exécution d'actes de gestion privée, c'est-à-dire dans les circonstances où elle agit comme un particulier, notamment dans la gestion de son domaine, se règle également devant les tribunaux ordinaires.

3) Il est entendu, enfin, que les tribunaux ordinaires connaissent de tous les litiges relatifs aux atteintes portées par l'administration à la liberté individuelle.

Remarquons qu'en matière administrative, la compétence ne peut faire l'objet d'aucune transaction. Elle est d'ordre public et l'exception doit être d'office soulevée par le juge.

§ 2. — Les situations contractuelles

En matière contractuelle, la compétence administrative s'est étendue d'une manière plus lente.

A l'origine, le contentieux administratif se réduisait à peu près aux matières d'attribution dévolues aux Conseils de Préfecture, notamment au contentieux des travaux publics (8).

La distinction rigide entre les actes d'autorité et les actes de gestion qui, autrefois, a dominé l'attitude du Conseil d'Etat, n'a pas favorisé l'extension de la compétence administrative

(7) Confl. 27-11-33, Verbanck S. 1934-3-33 avec la note de M. Alibert, 14-1-1935, S. 1935-3-17, note de M. Alibert.

(8) Loi du 28 Pluviôse de l'an VIII, art. 4, al. 3 et 4.

en matière contractuelle. Le contrat, en effet, est du domaine de la gestion. Le contentieux des contrats appartenait aux tribunaux ordinaires. C'est par un arrêt de 1903, le célèbre arrêt Terrier du 6-2-1903, dit des vipères, que le Conseil d'Etat s'est définitivement mis en opposition avec la doctrine de Laferrière. La destruction des vipères dans le département avait fait l'objet d'un contrat entre le Préfet et le sieur Terrier. Le Conseil d'Etat décida que le contrat avait trait à l'organisation d'un service public et que, par conséquent, seul le Conseil d'Etat pouvait connaître les difficultés s'élevant au cours de son exécution.

L'arrêt Thérond du 4-3-10 a appliqué le critérium nouveau du service public aux contrats passés par les communes.

Mais l'idée du service public, c'est-à-dire du but à accomplir, était une notion trop compréhensive et trop imprécise. Le principe étant posé, le Conseil d'Etat a cherché à le préciser et à la restreindre dans l'application aux seuls cas où vraiment le principe de la séparation des pouvoirs était en jeu, sous l'influence, d'ailleurs, de l'attitude qu'ont adoptée en cette matière la Cour de Cassation et le Tribunal des Conflits. Ainsi, insensiblement, dans sa jurisprudence, le critère du but a évolué vers le critère des moyens de gestion. Aujourd'hui, en matière contractuelle, on admet que l'Administration peut exercer un certain choix entre la gestion privée et la gestion publique. Il y a une gestion privée des services publics et il est reconnu que seule la gestion publique du service public peut déterminer un contentieux administratif (9).

Le Conseil d'Etat s'est peu à peu rallié au Tribunal des Conflits par une série d'arrêts dont le plus important, au point de vue de la compétence, est l'arrêt du 31-7-12 « Société des granits porphyroïdes des Vosges » (10).

Les contrats de fournitures passés par l'administration ne sont pas nécessairement des contrats administratifs. Dès lors que l'acte ne suppose l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique, il constitue un simple contrat de droit privé et il n'y a aucune raison de soustraire la connaissance de pareil contrat à la juridiction ordinaire.

(9) Voir en ce sens la thèse de M. Lahillonne, Toulouse, 1931.
(10) Voir Lebon, p. 912.

En matière de travaux et fournitures, matière riche en jurisprudence depuis la guerre, le Conseil d'Etat s'attache de plus en plus à rechercher dans chaque cas d'espèce qui lui est soumis si le cahier des charges servant de base au contrat contient des clauses exorbitantes du droit commun, des clauses qui ne sauraient se trouver dans les contrats passés entre particuliers (11). Il est ainsi arrivé à rechercher l'intention des parties et à reconnaître à l'administration le droit d'exercer un choix.

Mais il importe de noter que le vieux préjugé du caractère de gestion privée qu'on continuait à attribuer aux administrations locales, et notamment aux établissements publics hospitaliers, s'opposait, même après l'arrêt Terrier, à la reconnaissance de la compétence administrative pour les contrats de ces administrations. Aujourd'hui encore, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits n'ont pas abandonné l'idée qu'en principe les contrats de fourniture des établissements hospitaliers sont des contrats de droit privé. C'est ce qui résulte notamment de l'arrêt Templier du 1er mai 1928 (12) : « Les contrats ou les quasi-contrats communaux constituent, à moins de disposition législative contraire, des actes de droit privé relevant, en cas de contestation, de l'autorité judiciaire ». Il est vrai que le tribunal ajoute « qu'il n'en est autrement que lorsqu'ils contiennent des clauses dérogatoires au droit commun leur imprimant un caractère administratif ».

En somme, il faut poser deux conditions pour que la compétence administrative puisse être reconnue : 1° le contrat doit viser le service public ; 2° le cahier des charges doit contenir des clauses exorbitantes de droit commun en faveur de l'administration.

Ces conditions ne peuvent être remplies lorsqu'il s'agit de contrats relatifs au domaine privé de l'administration ou de contrats passés dans les formes ordinaires (13).

Telle est à l'aboutissant de cette évolution la situation des établissements hospitaliers.

(11) Voir arrêts 23-12-22, Société Générale d'Armements et 21-1-25, Société des Affrêteurs réunis.
(12) S. 1928-3-129.
(13) Hauriou, 11e édition, p. 856.

Mais, à la suite de cette rapide esquisse historique, il importe de préciser le critère rationnel permettant de distinguer actuellement le contentieux administratif et le contentieux judiciaire.

SECTION II

Les domaines respectifs de la responsabilité administrative et de la responsabilité de droit commun

L'historique de la responsabilité administrative fait apparaître que le Conseil d'Etat s'est servi tout à tour de deux critères qui à première vue paraîssent inconciliables : le but de l'acte (service public) et le mode d'action (acte de puissance publique).

Suivant lui, la compétence est administrative tantôt parce que l'administration a agi en vue du service public, tantôt parce qu'elle a utilisé les modes d'action spéciaux du droit administratif. Mais, en fait, il y a là deux aspects d'une même réalité (14).

§ 1. — L'absence de critères formels

Le mode d'action utilisé par la Commission Administrative constitue-t-il un critère satisfaisant pour la distinction des compétences administrative et judiciaire ?

I. — *Modes d'action administratifs*

Quels sont les différents modes d'action de l'établissement public hospitalier ?

Nous n'insisterons pas sur les procédés du droit privé, dont

(14) Remarquons que les textes spéciaux réglant la compétence des tribunaux administratifs, et, notamment la compétence d'attribution des conseils de Préfecture, ne donnent aucune indication précise quant au principe suivant lequel s'opère la délimitation de la compétence administrative. Ils se bornent à solutionner des cas particuliers.

les types au point de vue de la responsabilité sont le contrat de droit commun, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit. Mais nous devons préciser quels sont les modes d'action propres à la puissance publique.

1° En matière extra-contractuelle — situation la plus normale et générale — l'administration agit par décision exécutoire et, sans attendre une autorisation de justice, elle passe d'office à l'exécution. Elle impose son action au particulier qui est tenu de la supporter, sauf à former à posteriori une réclamation ou un recours. La décision est à deux échelons : une décision individuelle n'est légale qu'en tant qu'elle a été prise en conformité avec une décision générale, réglementaire.

Ainsi, l'article 13 de la loi du 7 août 1851 a-t-il institué, en faveur des établissements hospitaliers, un mode de recouvrement par état déclaré exécutoire par le sous-préfet, les dispensant ainsi de l'intervention préalable du juge, procédé classique d'action directe administrative.

Les établissements hospitaliers peuvent agir en régie directe ou intéressée, par concession, ou entreprise. Ainsi, ils organisent entre autres des adjudications.

2° En matière contractuelle — situation moins fréquente — le contrat administratif se caractérise par le fait qu'il comporte en faveur de l'administration des clauses exorbitantes de droit commun, clauses qui confèrent à l'administration des droits exceptionnels. Si elles figuraient dans un contrat de droit privé, ces clauses seraient susceptibles d'entraîner la nullité du contrat ou au moins elles seraient nulles elles-mêmes en vertu des principes généraux du droit et notamment du principe de l'égalité des parties.

II. — *Indétermination formelle des modes d'action administratifs*

Comment déterminer, en pratique, si la commission administrative dans tel cas a utilisé les modes d'action administratifs ou les modes d'action ordinaires ?

En dépit de la préférence marquée du droit administratif français pour les critères formels, il serait vain de rechercher

pareil critère en l'occurence. Le plus souvent la forme de l'acte n'est pas probante. Les raisons en sont simples. D'abord la décision exécutoire n'est pas un acte soumis à des prescriptions de forme précises. Les délibérations des commissions administratives en matière de gestion privée ont la même forme qu'en matière administrative. La commission « décide » l'achat de terres, la fixation des loyers de ses maisons de rapport, etc... Tout particulier est amené à prendre des décisions de ce genre dans l'exercice des droits que lui garantissent le Code Civil, le Code de Commerce, etc... Non seulement, il prend des décisions, mais, souvent, il passe à l'exécution sans s'adresser au préalable à un juge (15).

Le contrat administratif lui-même ne se reconnaît pas à sa forme ! C'est son objet et son contenu qui le distinguent des contrats ordinaires.

La distinction formelle n'est aisée qu'à l'égard de certains actes, dont les formes ont été impérativement réglées par la loi, par exemple, pour l'exécutoire délivré par le Préfet (16).

Si la distinction formelle du mode d'action administratif est malaisée en matière de décision et de contrat, elle est absolument impossible dans le domaine des agissements matériels. Par exemple, le médecin d'hôpital ne travaille-t-il pas de la même manière et ne commet-il pas les mêmes fautes que le médecin de la clinique privée ? Ce serait donner dans la plus pure pédanterie que de porter dans le domaine des agissements matériels, et à plus forte raison de l'inaction, la distinction des modes d'action privés et administratifs. Ne serait-il pas quelque peu ridicule de rattacher à pareille distinction des conséquences quant à la compétence !

III. — *Relations entre les modes d'action et la nature des droits exercés*

Nous venons de montrer que le critère des modes d'action serait malpratique et artificiel. Ajoutons qu'il serait même dan-

(15) Voir Hauriou, 11e édition, page 353, note.
(16) Art. 13 de la loi du 7 août 1851.

gereux et arbitraire. Il est impossible, en effet, de conclure de la nature du mode d'action à la nature du droit exercé.

Hauriou a pu affirmer que « l'exercice des droits est affaire de puissance publique, même quand les droits en eux-mêmes ne présentent rien d'exorbitant » (17).

Ainsi, la décision n'est pas caractéristique de l'exercice de la prérogative de puissance publique. Nous l'avons constaté. La commission administrative est obligée d'exercer ses prérogatives de puissance publique conformément à leur but, c'est-à-dire d'organiser le service en vue de remplir la fonction qui lui incombe. Elle ne saurait renoncer, notamment, à réglementer le service intérieur, ni passer des conventions individuelles avec les usagers. Par ailleurs, elle réglemente dans les mêmes formes que tout autre propriétaire, la gestion de son domaine privé, de ses immeubles d'habitation, de ses forêts, etc...

Même dans le domaine du contrat, la distinction des modes d'action ne tire pas à conséquence. Dire — comme l'a fait le Conseil d'Etat — que la nature privée ou administrative des modes d'action détermine la compétence, qu'en d'autres termes, seul le contrat dit administratif entraîne un contentieux administratif, ce n'est pas affirmer autre chose que le caractère exorbitant du contenu de ce contrat, c'est-à-dire des droits que s'y réserve l'administration, du but qu'elle poursuit. Dire qu'un contrat est administratif revient tout bonnement à constater que l'administration s'est réservée l'exercice de ses droits de puissance publique et qu'en conséquence, le contrat tout entier doit être soustrait à la connaissance des tribunaux judiciaires.

Il faut en conclure que même dans le domaine du contrat, où la distinction des modes d'action paraissait à première vue être utile, elle se réduit en fait à la distinction fondamentale des droits de personne privée et des prérogatives de puissance publique.

La distinction des modes de gestion présente le seul intérêt de faire apparaître, dans les cas où exceptionnellement l'acte administratif est entouré de conditions de formes obligatoires, la solution du problème de la compétence quant au contentieux relatif à la forme de l'acte.

(17) Voir 11e édition, page 340.

Expliquons-nous au moyen de deux exemples courants : en matière d'exécutoire (voir article 13 de la loi du 7 août 1851), il importe de distinguer le contentieux de l'existence de la créance de l'administration, contentieux qui, suivant la nature de la créance, est tantôt administratif, tantôt ordinaire, et le contentieux de la régularité en la forme de l'exécutoire délivré par le Préfet, contentieux qui est toujours administratif. En matière de marchés de fournitures des établissements hospitaliers, le contentieux du contrat appartient le plus souvent à la juridiction de droit commun, tandis que le contentieux des formes de l'adjudication précédant le marché est purement administratif.

IV. — *Principe de la distinction de la responsabilité administrative*

En dehors de ce contentieux très particulier de la forme de l'acte, pour définir le caractère de l'activité des établissements publics hospitaliers et pour délimiter le domaine de la responsabilité administrative, il semble qu'il faille se reporter à la nature même de l'acte. S'il implique l'exercice d'un droit exorbitant conforme à la mission de l'administration, c'est un acte de puissance publique. La nature de l'acte, et non pas sa forme, est déterminante. Voilà, en somme, une sérieuse restriction à la liberté, à l'indépendance de l'établissement public hospitalier, notamment en matière non contractuelle.

Rappelons, encore, que le Conseil d'Etat a apparemment tiré du caractère des modes d'action utilisés par l'Administration d'importantes conséquences quant à la compétence dans le domaine — il est vrai assez particulier — de la responsabilité des établissements publics industriels. Mais, là encore, il avait en vue, non pas la forme de l'acte, mais la nature des droits exercés par ces services.

§ 2. — La distinction des droits de personne privée et des prérogatives de puissance publique

La distinction des deux éléments constitutifs de la personnalité de l'établissement public hospitalier, les droits de personne privée et les prérogatives de puissance publique, domine la distinction de leur responsabilité administrative et de leur responsabilité de droit commun.

Aussi est-il indispensable de la préciser.

I. — *Droits de personne privée*

L'administration hospitalière est obligée d'accomplir tous les jours une multitude d'actes rentrant dans le droit privé. Elle fait des achats, fait exécuter des travaux, gère son domaine, embauche du personnel auxiliaire (bonnes, garçons, etc...), etc... Elle a besoin, en fait, de tous les droits dont dispose une personne physique, sauf, bien entendu, ceux que ne confèrent que les liens du sang.

On admet que les personnes morales du droit public en jouissent sans limites. Avoir la personnalité juridique, cela signifie précisément jouir des droits de personne privée conciliables avec la nature de la personne morale dans la même mesure qu'une personne physique (18).

Il est cependant une catégorie de droits très importante de la vie privée, que, communément, on s'accorde à ne pas reconnaître aux personnes du droit public : les droits consacrés par le Code de commerce. Les personnes morales du droit public ne peuvent acquérir la qualité de commerçants, ni même faire acte de commerce. Thaller motive cette opinion tant par des arguments de droit positif que par des considérations tirées de la structure et du fonctionnement des services publics administra-

(18) Nous avons, d'ailleurs, vu que l'administration hospitalière n'est pas tout à fait libre d'exercer ces droits dont la jouissance lui est reconnue. Nous en examinerons au 3e titre de cette première partie les conséquences quant à la responsabilité.

tifs. Il craint à justes raisons que l'Etat « écraserait le commerce par la formidable supériorité que lui confèrent sa qualité de puissance publique et le droit qu'il a... de recourir à l'impôt ainsi que d'en régler la distribution ». L'Etat ne manquerait pas d'exploiter la qualité de commerçant pour des buts d'ordre fiscal. L'Etat n'est pas justiciable des tribunaux de commerce. Il ne peut être poursuivi par les voies d'exécution forcée. Il ne peut être déclaré en faillite. Les principes de la responsabilité administrative sont absolument inconciliables avec ceux du droit commun. Thaller ne croit pas à la possibilité d'adapter le droit commercial à la puissance publique. Les prescriptions sur la comptabilité publique, qui interdisent la négociation d'effets de commerce, ne permettent pas aux personnes administratives de faire appel au crédit, comme doit pouvoir le faire le commerçant. Il y ajoute des arguments spéciaux pour les établissements publics : le principe de la spécialité qui les domine exclut, à son sens, l'organisation de services industriels par ces établissements.

Malgré tous ces arguments théoriques, la jurisprudence administrative est arrivée à accepter la création de services industriels dans certaines situations particulières, généralement au cas où un besoin urgent avait été constaté, besoin que l'initiative privée s'était révélée impuissante à satisfaire, et pour les conséquences dommageables de l'activité de ces services elle a reconnu que seuls les tribunaux de droit commun sont compétents (19).

Quant aux établissements publics hospitaliers, ils n'ont pas manqué de créer des services qui pourraient être et qui parfois ont effectivement été regardés comme des services industriels.

Les arguments de Thaller ne sont pas décisifs. Mais il semble que l'imprécision des solutions dans cette matière provienne avant tout d'une confusion. L'Etat exploitant de services industriels et l'Etat commerçant ne sont pas des notions synonymes. Pourquoi en présence d'un besoin constaté, l'administra-

(19) Le législateur lui-même a donné l'exemple dans cette voie en créant — surtout à la suite de la Grande Guerre — des offices nationaux chargés de services industriels techniques dans l'intérêt général (défense nationale, etc...) et gérés suivant des principes qui rapprochent sensiblement ces établissements des exploitations industrielles du droit privé.

tion publique ne se chargerait-elle pas d'organiser le service faisant défaut, si l'intérêt à protéger est digne de sa sollicitude ? Toute autre est la question de savoir si dans une telle exploitation l'Etat peut réaliser des bénéfices et se procurer des ressources. Réserve faite des monopoles de l'Etat, l'administration ne peut prendre la qualité de commerçant. Il semble, dans le même ordre d'idées, que l'établissement public hospitalier doive pouvoir créer tous les services — même de nature industrielle — rentrant dans les limites de sa spécialité, si le besoin s'en fait sentir.

Rien ne l'empêche alors de faire acte de commerce dans les limites de sa spécialité en cas de besoin. Il faut, bien entendu, supposer un besoin impérieux et légitime et l'absence de tout esprit de lucre. Mais la commission administrative ne peut acquérir la qualité de commerçant (20).

II. — *Droits de puissance publique*

Ducrocq, dans son « Cours de Droit Administratif », a constaté que les pouvoirs de puissance publique constituent des attributs de la personnalité des administrations, mais Hauriou souligne avec raison que l'existence de droits de puissance publique comme attributs de la personnalité est une condition inéluctable de la responsabilité pécuniaire des administrations dans l'exercice de la puissance publique. La jurisprudence, depuis longtemps, a donné raison à Hauriou.

Avant de rechercher quels sont les droits de puissance publique qui appartiennent aux établissements publics hospita-

(20) Il semblerait toutefois que l'on puisse citer en sens contraire le cas des pharmacies hospitalières vendant au public. Certains hôpitaux, en effet, possèdent pareilles pharmacies. Il est vrai que cette vente n'est compatible avec la spécialité de l'établissement public hospitalier que dans des cas exceptionnels.

Le Conseil d'Etat, par arrêt du 7 juillet 1933, R.H 1933, page 597, a statué que les pharmacies hospitalières vendant au public sont assujetties à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, bien que la totalité des revenus résultant de cette vente figure au budget général de l'établissement.

Mais il importe de remarquer que cette solution ne permet pas de conclure à la qualité de commerçant. La taxe, en effet, est perçue sur les bénéfices réalisés, quelle que soit la qualité du vendeur. Elle atteint aussi bien le non-commerçant que le commerçant.

liers, il est nécessaire de rappeler la nature et l'origine de ces droits et d'en mesurer la portée.

1) *Leur nature. Leur origine. Leur but.*

Ce sont les droits exorbitants du droit commun, manifestations du pouvoir de police appartenant à l'administration (21).

Parties intégrantes du pouvoir exécutif de l'Etat, ils sont appelés à porter atteinte aux droits des particuliers, car ils se caractérisent par la contrainte et la coërcition.

Dérivés du pouvoir exécutif de l'Etat, ils n'appartiennent aux autres personnes du droit public que dans la mesure où ce pouvoir est mis à leur disposition. Dans ce sens, on a pu parler de délégation de la puissance publique. En fait, les droits de puissance publique sont inégalement répartis entre les diverses personnes administratives. Cette idée de répartition par délégation du pouvoir central entraîne, d'ailleurs, que ces personnes ne peuvent s'adjuger elles-mêmes des droits de puissance publique, qui ne leur auraient pas été conférés.

La personne possédant des pouvoirs exceptionnels ne risque-t-elle pas d'être tyrannique ? Dans un régime de droit, n'est-il pas indispensable d'imposer des limites à ces prérogatives que le principe de la séparation des pouvoirs lui-même contribuerait à rendre despotiques ?

2) *Leurs limites.*

Pour les personnes administratives décentralisées, le principe de la délégation —nous l'avons vu — entraîne une très sérieuse limitation du cercle des droits de puissance publique.

L'emploi des droits de puissance publique est réglementé par la loi.

Tantôt le législateur a pris soin de préciser dans quelle mesure les personnes du droit public bénéficient des droits de puissance publique et de réglementer leur application et leurs procédures : ainsi il a fixé la mesure et la forme, dans lesquelles l'impôt peut être levé, il a limité et organisé l'obligation au ser-

(21) Police répondant à la formule générale qu'en donne Hauriou : « Ordre public maintenu à force de prévision ».

vice militaire, etc... Tantôt cette limitation résulte implicitement de l'organisation administrative qu'il a créée : il est clair que les établissements hospitaliers ne peuvent lever des impôts, ni exproprier (22). Remarquons, cependant, que cette subordination à la loi n'est pas immédiate. L'administration passe à l'exécution de ses propres actes sans attendre une décision de justice. Le contrôle juridictionnel de la légalité ne joue qu'à posteriori.

Mais cette limitation résultant de la loi ne serait pas suffisante pour empêcher les administrations décentralisées d'être arbitraires et despotiques. Il faut à la puissance publique d'autres freins.

C'est le moment de faire intervenir l'élément vital, l'âme de cette personne administrative munie de pouvoirs, l'élément qui lui imprime sa direction et son mouvement ; c'est l'idée du service public à assurer, du besoin collectif à satisfaire. La puissance publique, en effet, n'est pas une fin en soi. Elle est orientée vers un but, portée par sa fonction, fonction qui domine non seulement l'acte individuel, mais la structure même de l'institution administrative.

La force d'inertie inhérente à la routine et aux mœurs administratives nées en vue de l'exercice d'une fonction limitée, réduit la prérogative de puissance publique à son rôle juridique véritable de moyen d'administration. Hauriou résume d'une manière saisissante cette innovation caractéristique du droit administratif français en parlant de « l'auto-limitation de la puissance publique objectivée par l'institution administrative ».

L'auto-limitation s'est manifestée dans tous les sens. L'avènement de la juridiction administrative indépendante de l'administration active en est un symptôme significatif. Le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits — c'est là leur œuvre la plus remarquable — s'efforcent de préciser chaque jour davantage les limites de l'action administrative et de l'emploi de la puissance publique. Les réclamations des particuliers lésés leur en fournissent l'occasion.

Subordination à la loi, institution administrative et auto-

(22) Ils ne possèdent pas de domaine public.

limitation : voilà, en dernière analyse, les seuls facteurs maintenant la puissance publique dans des limites raisonnables.

Quelle est la sanction qui frappe l'acte de puissance publique accompli par une personne n'ayant pas qualité pour l'accomplir ? Cette sanction résulte de la théorie de la voie de fait. L'acte ne constitue pas un acte administratif et peut donc être attaqué devant les tribunaux ordinaires. L'administration encourt du fait de pareils actes une responsabilité pécuniaire qui s'apprécie, non pas suivant les principes du droit administratif, mais suivant les principes du droit civil, responsabilité qui se cumulera, le cas échéant, avec celle de l'agent fautif, selon les principes des articles 1382 à 1384 du Code Civil.

L'exposé analytique, que nous venons de faire, des droits de la personne administrative risque de faire naître une idée fausse de dédoublement de la personnalité administrative. L'administration n'est pas un composé de deux personnalités distinctes. Elle est une et elle reste identique à elle-même, qu'elle agisse suivant les modes du droit privé ou dans l'exercice de la puissance publique. Ce qui change, ce n'est pas l'agent ; c'est le moyen. Il faut dire simplement qu'il y a des cas où il n'est pas besoin de faire appel aux prérogatives de puissance publique, parce que le but d'intérêt public recherché peut être atteint par les voies ordinaires. Les règles exorbitantes de droit commun ne se justifient, en effet, — telle est la rançon de leur caractère exceptionnel — que dans la mesure où elles sont nécessaires.

§ 3. — Les domaines de l'exercice des droits privés et des prérogatives de puissance publique par les établissements publics hospitaliers

Le caractère obligatoire de la prérogative de puissance publique étant la règle, l'établissement public hospitalier ne peut, se dérober à l'exécution de sa mission légale. Il ne peut renoncer à l'exercice de ses prérogatives. Grâce à cette règle, il est possible d'opérer la distinction, suivant la nature et le but des

actes exécutés, des domaines respectifs de l'exercice des droits de personne privée et de l'exercice des prérogatives de puissance publique. En vue de l'étude de la responsabilité, cette discrimination est d'une importance fondamentale.

Dans le cadre de ce paragraphe, nous ne retiendrons que la ligne générale, suivant laquelle cette discrimination doit avoir lieu. Nous réservons pour plus tard l'étude détaillée des relations variées dans lesquelles entre l'administration hospitalière avec ses usagers, son personnel, ses fournisseurs, les tiers, etc... Il importe, pour le moment, de dégager les normes s'imposant à l'action hospitalière dans l'exercice des prérogatives de puissance publique.

Nous énumérerons, d'abord, les cas où l'administration est tenue d'exécuter ces prérogatives et, ensuite, les cas où elle agit nécessairement comme personne privée. Puis, nous étudierons les situations dans lesquelles, exceptionnellement, une gestion toute entière est soustraite aux principes du droit public (gestions privées et établissements publics industriels).

C'est aux progrès de la décentralisation administrative que les services spécialisés et personnifiés de l'Administration doivent en France la reconnaisance de droits de puissance publique. La nécessité n'en apparaisait pas, en effet, à un moment où l'administration centrale se réservait le dernier mot dans l'action des services spéciaux tels que les établissements publics hospitaliers. Mais il serait faux d'admettre que pour ces établissements elle ait été ressentie dès le lendemain de la loi du 7 août 1851.

Rappelons que depuis une trentaine d'années seulement, les tribunaux administratifs consentent à voir dans les actes des commissions administratives autre chose que des actes de droit privé.

I. — *Cas où les établissements publics hospitaliers exercent obligatoirement leurs prérogatives de puissance publique*

Chaque fois qu'un acte est accompli en vue ou à l'occasion de l'organisation ou du fonctionnement du service public hos-

pitalier, il doit être réputé exercé en vertu des prérogatives de puissance publique. L'exercice du pouvoir réglementaire que possède la commission administrative ne saurait jamais être interprété comme une activité de droit privé. Les actes de cette nature constituent la manifestation la plus pure de la prérogative de puissance publique.

Ainsi, la commission administrative exerce ses prérogatives en édictant des mesures de police, c'est-à-dire d'organisation intérieure de l'établissement, en réglementant le service hospitalier, en général, en prenant des mesures en vue d'assurer l'application des lois sur l'assistance hospitalière, en délibérant au sujet des relations s'établissant à l'occasion du service avec d'autres administrations, en réglant les attributions respectives de ses agents, etc... Il en est de même — et voilà qui est important au point de vue de la responsabilité — des agissements d'exécution de toutes ces mesures et décisions.

Il y a là un champ d'action vaste et varié. Rappelons qu'il n'y a pas à distinguer suivant que l'administration agit par la voie de la décision exécutoire ou du contrat administratif ou par toute autre voie.

Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'administration agisse effectivement en vue du service public, et non pas en vue d'un intérêt autre, c'est-à-dire qu'elle observe le principe de la spécialité administrative, principe commun à la gestion publique et à la gestion privée. Si non, elle commettrait une voie de fait, car le pouvoir réglementaire ne saurait être exercé que dans la mesure où il est confié à l'établissement public hospitalier.

L'activité que nous venons de décrire constitue, en somme, l'exécution de la mission même qui incombe aux établissements publics hospitaliers.

Quels sont plus exactement les droits de puissance publique reconnus aux établissements publics hospitaliers ? Hauriou a estimé que les établissements publics ne possèdent que très exceptionnellement des droits de puissance publique. Il nous paraît cependant possible d'en dresser une liste assez longue.

Il faut reconnaître aux établissements hospitaliers :

1) D'abord les droits découlant de leur institution même :

1° Le droit exclusif d'assurer l'organisation hospitalière dans le cadre des lois de 1851 et de 1893. Nous avons déjà fait allusion au monopole dont bénéficient les commissions administratives pour l'exploitation des établissements publics hospitaliers dans le cadre de la commune. — L'organisation de nouveaux services publics hospitaliers, en vue de l'exécution des lois d'assistance, etc... voilà un autre exemple d'utilisation de la prérogative. Les conventions passées avec d'autres communes et organisations en vue de l'hospitalisation des indigents constituent également des actes accomplis en vertu d'un droit de puissance publique (23).

2° Ont la même nature, tous actes accomplis en vue de l'organisation interne des services hospitaliers. L'article 8 de la loi du 7 août 1851 confère, en effet, à la commission administrative ce pouvoir réglementaire dans ces termes : « La commission arrête, mais avec l'approbation du préfet, les règlements du service tant intérieur qu'extérieur et de santé ». Vu le défaut de réglementation légale, cette règle allait, d'ailleurs, de soi, le pouvoir réglementaire appartenant à toute autorité administrative décentralisée dans la mesure où elle est autonome.

Le règlement est une source de droit comme la loi elle-même. Il fait partie de la légalité administrative. Il ne peut aller à l'encontre de la loi.

Quelle est la sanction du défaut de réglementation ? — Le Tribunal des Conflits a statué que toute décision individuelle prise par l'administration sans avoir été précédée d'une réglementation générale sur la matière (soit par une loi, soit par un règlement) constitue une voie de fait (24).

2) Quant aux moyens d'action dont disposent les établissements publics hospitaliers, citons d'abord ceux qui ont pour but de leur fournir le personnel et les choses indispensables.

1° La jurisprudence reconnaît aujourd'hui aux agents de l'administraiton hospitalière la qualité de fonctionnaires. La

(23) Sur l'existence de la contrainte en matière d'assistance, voir Hauriou, *op. cit.*, p. 444 (en note).

(24) Confl. 22 avril 1910, S. 10-3-129 et la note.

situation de ce personnel n'est donc pas contractuelle, mais statutaire. L'établissement a sur eux des droits analogues à ceux qu'a l'Etat sur les siens.

2° Par contre, l'administration hospitalière, de même que tous les autres établissements publics, ne possède pas de domaine public, mais seulement un domaine privé. Il en résulte que la gestion immobilière des établissements publics hospitaliers est complètement régie par les prescriptions du droit privé. Cependant, les bâtiments et autres immeubles affectés au service sont des ouvrages publics et les travaux qui les concernent sont parfois des travaux publics (25).

3° Quant aux marchés de fournitures, après avoir été longtemps rebelle, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits paraît plus disposée aujourd'hui à reconnaître aux établissements publics le droit d'user de prérogatives de puissance publique (26), en insérant dans les cahiers des charges des clauses exorbitantes du droit commun.

Ces juridictions ne se sont pas encore prononcées clairement sous ce rapport.

4° Les établissements hospitaliers ne peuvent pas eux-mêmes lever des impôts, mais ils participent au produit du droit des pauvres et des concessions dans les cimetières.

Nous n'insistons pas sur tous les droits publics moins importants et moins caractéristiques dont dispose l'administration hospitalière (comptabilité administrative, valeur authentique des actes, tels que les délibérations de la commission administrative, etc.), droits qui d'ailleurs rentreraient plutôt dans la catégorie des modes d'action.

II. — *Cas où l'établissement doit employer les modes de droit privé*

Il y a des actes qui ne sont pas du ressort de la puissance publique en raison de leur nature même, d'autres, parce qu'ils

(25) Hauriou, 11e édition, p. 759.
(26) Hauriou, p. 856.

sont accomplis sans faire appel à la prérogative de puissance publique.

1) *Actes réservés au droit privé en vertu de leur nature.*

En accomplissant ces actes, l'administration se comporte comme tout particulier.

Ainsi, les questions et difficultés relatives à la propriété foncière et mobilière ne touchent aucunement la prérogative de puissance publique. La possession est également régie par les principes du droit civil et sanctionnée par les actions possessoires dont ne peuvent connaître que les tribunaux ordinaires. Parmi les actes de gestion, citons encore les baux et locations de meubles et immeubles qui sont des actes de droit privé par nature.

Il faut assimiler à ces questions toutes celles qui se posent à l'occasion des travaux et fournitures — réserve faite des travaux publics — qui sont exécutés sans qu'il soit fait appel à des conditions exorbitantes du droit commun.

Ajoutons encore la matière des dons et legs et celle du droit de déshérence institué en faveur de l'administration.

Enfin, dans ses relations avec son personnel auxiliaire non permanent, la commission administrative apparaît également comme simple préposée de droit privé, dont la responsabilité se règle suivant les principes du contrat de louage de service du droit commun.

2) *Actes accomplis et gestion assurées sans recours à la prérogative de puissance publique.*

Le moment est venu de mentionner une jurisprudence aussi intéressante que nouvelle, par laquelle le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont cherché à restreindre le domaine de la juridiction administrative dans les matières où l'administration peut, sans inconvénients, être réputée agir suivant les modes du droit privé. Cette nouvelle jurisprudence est intéressante parce qu'elle est ostensiblement à la recherche d'une position d'équilibre permettant de faire la part exacte de la puissance publique dans l'action administrative.

On peut distinguer deux sortes de gestion privée : celle qui a lieu en vue du service public et celle qui se confond avec le service public lui-même, qui ressemble alors à une simple entreprise privée.

1° *Gestion privée accessoire au service public hospitalier.* — Dans cette catégorie, il faut faire figurer notamment la gestion du domaine privé de l'administration, gestion dont la plupart des actes sont, de toute façon et par nature réservés au droit privé.

Il faut également comprendre sous cette rubrique les contrats de travaux et fournitures, toutes les fois que l'administration renonce à y faire inscrire des clauses exorbitantes du droit commun.

A l'occasion de la gestion privée accessoire au service public, il paraîtrait intéressant de se demander jusqu'à quel point l'adage « l'accessoire suit le principal » s'oppose à l'assimilation du service accessoire à une gestion privée.

Mais remarquons que les services accessoires de l'administration hospitalière pour lesquels la question peut se poser (service de cuisine et de buanderie, centrale de chauffage, d'éclairage, ateliers, etc...) intéressent directement le service public, c'est-à-dire le service des malades, etc...; il n'est pas nécessaire de recourir à une fiction pour affirmer qu'ils en font partie intégrante ; c'est l'usager qui est nourri, blanchi, chauffé, etc...

La question ne peut donc être étudiée que sous la rubrique des gestions privées se confondant avec le service public.

Notons que, jusqu'à présent, la théorie de la gestion privée accessoire au serviec public n'a joué qu'en matière contractuelle. L'étendre au delà de ces limites reviendrait, en effet, à transformer le service public en simple entreprise privée.

2° *Gestion privée se confondant avec le service public hospitalier.* — Dans cette catogorie figurent les services de l'administration qui peuvent sans inconvénients être placés sous le régime du droit privé, parce que, pour les faire fonctionner, point n'est besoin de faire appel à des principes de puissance publique. Les services publics industriels en constituent le type. Pour ces services, la notion de gestion privée a débordé le cadre

du contrat et a prévalu même en matière de responsabilité non contractuelle.

Mais cette question est trop importante et trop actuelle pour que nous puissions nous contenter de la mentionner.

Dans quelle mesure les services hospitaliers peuvent-ils être considérés comme des services publics industriels ?

a) *La distinction des services publics industriels et des services publics tout court* est fort délicate. Il est regrettable que les arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits qui ont créé cette nouvelle catégorie dans les services de l'administration ne permettent pas de conclure avec certitude à une définition logique du service public industriel ; au lieu de se référer à des principes uniformes et de déterminer des critères de distinction précis, ces juridictions se sont contentées d'apprécier souverainement la situation de cas en cas. On ne peut s'empêcher de penser que la logique a été quelquefois, dans ce domaine, sacrifiée à la souplesse. Suivant les circonstances, le Conseil d'Etat a fait jouer, tour à tour les deux critères : il paraît s'attacher tantôt au but même du service, tantôt aux modes de gestion employés.

M. Delvolvé (27), tout en critiquant ce procédé, constate que ces deux critères ne sont pas aussi irréductibles qu'on paraît l'admettre. Ce sont, suivant lui, deux notions connexes.

Il constate tout d'abord que, malgré les décrets de 1926, le Conseil d'Etat refuse de tenir pour légaux les services industriels dont l'existence ne peut être justifiée par la défaillance de l'initiative privée (28).

Il exprime que, s'ils sont légaux, ils correspondent toujours à la définition du service public tout court.

Suivant lui, le service public est celui dont l'objet est la réalisation du bon ordre et de la salubrité publique. Le service public industriel est celui qui a pour objet essentiel la réalisation de bénéfices.

Le service des malades payants ne risquerait-il pas, dans certains cas, s'il rapporte des bénéfices, d'être considéré, dans cet ordre d'idées, comme un service industriel ?

(27) Dans sa note au Sirey 1932-3-97.
(28) C.E. 13 juillet 1928, S. 29 mars 1921, 27 mars 1930, p. 349, etc...

Mais, on peut reprocher à la définition de M. Delvolvé de négliger le critère des modes de gestion, que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Kuhn (29), a souligné avec beaucoup de force.

M. Delvolvé ne réduit nullement les deux critères l'un à l'autre, il en néglige un.

D'autre part, il se contente de mettre en opposition les deux situations diamétralement opposées : à savoir, d'une part, le service répondant à un but de bon ordre et de salubrité et, d'autre part, le service destiné à rapporter des bénéfices, c'est-à-dire, en somme, le service licite et le service illicite. Il néglige toute cette variété de situations intermédiaires, précisément les plus intéressantes, où les deux critères réapparaissent côte à côte (services comportant un objet public plus ou moins indispensable et ne réalisant des bénéfices qu'exceptionnellement). La question reste entière pour tous ces services.

Si l'on veut donner une base logique aux solutions données par le Conseil d'Etat en matière d'établissements publics industriels, il semble qu'il faille combiner les deux critères qu'elles impliquent.

Dans une affaire Mabille (30), le Commissaire du Gouvernement, M. Latournerie, arrive à préciser quelque peu la notion restée si fuyante et si controversée à la suite du célèbre arrêt « Mélinette » (31).

Il relève tout d'abord que ce n'est pas le caractère plus ou moins obligatoire et nécessaire du service qui peut servir de critère entre les deux sortes de services de l'administration. Il faut admettre, en effet, que les services publics répondent tous à une véritable nécessité. Autrement, ne faudrait-il pas commencer par contester leur légalité afin de les supprimer ?

M. Latournerie relève trois différences essentielles entre le service public industriel et le service public tout court :

(29) C.E. 29 janvier 1932, S. 1932-3-97.
(30) C.E. 9 février 1934.
(31) Confl. 11-7-1933, S. 1933-3-97, note Alibert.
Il s'agissait d'une réclamation d'un particulier qui avait été blessé du fait du recul d'un camion du service public d'enlèvement des ordures ménagères laissé sans surveillance par son conducteur. Le Tribunal des Conflits, contrairement à sa jurisprudence antérieure, s'est prononcé pour la compétence judiciaire, s'agissant d'une réclamation accessoire à l'action publique. Il est revenu à sa jurisprudence antérieure dès l'arrêt du 27 novembre 1933, D. P. 1934-3-9.

1° l'objt du service public industriel s'apparente aux activités économiques qui s'exercent sous forme d'actes de commerce;

2° les prestations faites par ce service sont consenties moyennant des redevances dues par l'usager ;

3° dans les rapports du service avec ses usagers, le service entend se placer sous le régime du droit privé.

Quant à la portée de la notion au point de vue de la compétence, M. Latournerie distingue soigneusement les trois sortes de rapports juridiques se formant entre le service public industriel, d'une part, et ses usagers, le personnel et les tiers, d'autre part. Il estime qu'en aucun cas, le droit privé ne saurait régir les rapports du service avec les tiers, mais que seuls les rapports avec les usagers et, dans une moindre mesure, les rapports avec le personnel pourront, si les conditions d'existence du service public industriel sont remplies, être régis par le droit privé et sanctionnés par les tribunaux ordinaires.

Dans une note sous un arrêt « Tondut » du 6 mai 1931 (32), un auteur souligne que l'usager lui-même ne se trouve pas à tout égard envers l'administration dans une situation de droit privé. Il estime, au contraire, qu'il est avant tout dans un rapport de droit public. Selon lui, le contrat intervenant avec l'administration se superpose à certains égards à la situation de droit privé. Mais cela n'empêche pas que pour toutes les contestations s'élevant en dehors du contenu du contrat, le juge administratif reste compétent.

Le service public industriel ne diffère donc, au point de vue de la responsabilité, du service public tout court que dans certains de ses rapports avec ses usagers et avec son personnel. C'est ce que le Conseil d'Etat a d'ailleurs reconnu dans une certaine mesure, en décidant que le personnel dirigeant des établissements publics industriels a la qualité de fonctionnaire (33).

Nous reviendrons à cette idée à la fin de cette section.

(32) Sirey de 1931, 3-81.

(33) Cf. C.E. 25 octobre 1929, Rec. 935 ; 8 novembre 1929, Rec. 978 ; 15 mai 1930, Rec. 507 ; 24 juillet 1930, Rec. 797.

3) *L'établissement public hospitalier ne répond pas aux desiderata du service public industriel.* — Aucune des trois conditions posées par M. Latournerie n'est remplie au cas d'hospitalisation d'indigents. Quant aux assurés sociaux, dont l'admission a lieu en vertu de la loi et des accords intervenus entre les caisses d'assurances et l'administration hospitalière, la première et la troisième des trois conditions citées par M. Latournerie font défaut.

En pratique, la question du service industriel ne pourrait être posée que pour les services exclusivement réservés aux payants, c'est-à-dire indépendants des services d'indigents, et non pour les services mixtes, un même service ne pouvant être régi tantôt par les règles du droit privé et tantôt par les règles du droit public, tout au moins dans ses rapports avec les usagers.

Or, l'exploitation hospitalière payante ne diffère pas, quant à sa nature, de l'exploitation hospitalière pour indigents. Dans l'un et l'autre cas, il y a, il est vrai, un aspect extérieur d'entreprise.

Mais la nature de la prestation fournie exclut, à elle seule, l'assimilation de l'établissement hospitalier à l'établissement industriel. On ne saurait admettre un instant la notion d' « industrie publique hospitalière. » Le but de telle industrie qui serait d'améliorer la santé de ceux qui y ont recours, constitue un objet hors du commerce. Abstraction faite de l'esprit de sacrifice et de charité incompatible par nature avec l'esprit de l'entreprise industrielle, l'activité hospitalière n'est pas susceptible d'industrialisation ou de commercialisation. L'esprit de lucre doit d'autant plus en rester banni, que l'une des caractéristiques essentielles de cette activité est l'imprécision technique et, par suite, l'inefficacité du contrôle. Notons que les tribunaux ordinaires ont difficilement admis qu'une clinique privée soit traitée d'entreprise commerciale. Ils ne l'ont admis qu'au cas où cette clinique était constituée sous forme de société commerciale.

Mais l'argument le plus frappant consiste dans la parfaite similitude existant entre le service d'indigents et le service de payants. L'administration, dans les deux cas, agit exacte-

ment de la même manière. Elle n'est nullement disposée à renoncer en matière d'admission de malades payants à ses prérogatives de puissance publique. Quel intérêt aurait-elle, en effet, à se soumettre, en ce qui concerne les malades payants, à la loi conventionnelle du droit commun et à la juridiction ordinaire ? Aucun ! Elle entend organiser les services de payants avec les mêmes moyens que les autres, c'est-à-dire par le règlement. Ce serait bien compliquer le service hospitalier que d'imposer à l'administration de traiter avec les payants par la voie du contrat. Pourquoi assimilerait-on le service public de malades payants à une maison de santé privée? Dans l'état actuel de notre droit, l'hôpital ne peut régulièrement admettre des malades payants que dans la mesure où les établissements privés font défaut, c'est-à-dire précisément dans des conditions autres que l'entreprise privée (34).

La même solution doit être adoptée pour les services de traitement ouverts aux malades ambulants, tels que les services de radiologie, de radiothérapie, de physiothérapie, etc... Ces services ne reçoivent des malades ambulants qu'à titre accessoire.

Reste à examiner la situation des services annexes de l'établissement hospitalier, c'est-à-dire des services économiques et généraux (ateliers, installations techniques, buanderies, cuisines, etc.). La première condition citée par M. Latournerie est remplie en ce qui concerne la nature de ces activités. Mais il n'en est pas de même pour les deux autres. Ces services accessoires ne donnent pas lieu à des redevances spéciales. L'administration n'en retire aucun bénéfice, s'ils ne travaillent que pour les besoins du service et non pas pour des tiers, pour des clients.

M. Latournerie attache avec raison une grande importance à cette circonstance. Partant du point de vue très exact que le non-exercice de la prérogative de puissance publique n'est pas de nature à la supprimer, il conclut à l'existence de ser-

(34) Cette solution se dégage nettement de l'arrêt du C.E. du 21-2-1936 (REB 1937, p. 21) par lequel le C.E. a annulé pour illégalité une délibération d'une commission administrative qui avait autorisé le corps médical hospitalier à réclamer directement des honoraires aux malades payants. L'arrêt est motivé par le fait que les « hôpitaux et hospices communaux constituent des établissements publics ».

vices « partiellement industriels », c'est-à-dire de services de nature industrielle, dont l'activité ne s'exerce normalement qu'au profit de l'administration elle-même, et non au profit de clients.

Nous estimons avec l'auteur que les services généraux de l'administration hospitalière ne doivent être assimilés aux services publics industriels, qu'au contraire, malgré leur nature industrielle, ils constituent des services publics tout court.

Si, par contre, les services en question s'adressent habituellement à une clientèle qui se recrute en dehors de l'administration, il ne faut pas s'étonner de les voir traités de services publics industriels, comme l'ont été, par exemple, les Grands Etablissements Municipaux de Bains de Strasbourg dans l'arrêt Kuhn du 29 janvier 1932 (35). Constituent également, à notre avis, des services industriels, les ateliers d'hospitalisés ou d'orphelins vendant au public, d'une manière régulière, les produits de leur travail (36).

Mais la logique s'oppose, nous le répétons, à ce qu'un service, dans ses rapports avec les usagers, soit traité tantôt comme service public, tantôt comme service public industriel.

c) *Etat de la jurisprudence en matière hospitalière.* — Nous ne revenons pas à la jurisprudence de certains tribunaux de première instance et de certaines cours d'appel qui ont estimé que les établissements publics hospitaliers passent avec leurs malades payants des contrats tacites de droit privé. Cette erreur juridique est imputable à une connaissance et à une compréhension insuffisantes des principes de l'activité administrative.

A notre connaissance, la Cour de Cassation n'a pas eu à se prononcer d'une manière explicite. Mais en matière de responsabilité de l'administration hospitalière envers les assurés sociaux, elle s'est clairement associée à la thèse du Conseil d'Etat (37) en cassant un arrêt de la Cour de Colmar pour incompétence.

Le Conseil d'Etat, lui, a statué au fond dans de nombreux

(35) S. 32-3-97.

(36) Cour d'Appel Riom 27-7-1912 (R.E.B. 1912, p. 411) : orphelinat envoyant les orphelins chez les particuliers pour l'entretien de jardins, moyennant rémunération.

(37) Voir affaire Sommer, Cass. 19 mars 1935.

recours en indemnité introduits par des malades payants. Il a implicitement affirmé sa compétence. Il faut en déduire qu'il ne considère nullement les services de payants gérés par les établissements publics hospitaliers comme des services publics industriels. Il a affirmé, au contraire, qu'ils sont des services publics tout court (38).

On aurait pu, il y a quelques années à peine, être tenté de citer en sens contraire les arrêts du Conseil d'Etat des 17 juin 1903 (39) et 7 février 1906 (40), et de nombreux arrêts antérieurs, aux termes desquels le service de payants « présente les caractères d'une maison particulière de santé, que dès lors la commission administrative n'est pas fondée à réclamer l'exemption » de la contribution foncière en vertu de l'article 105 de la loi du 3 frimaire An VII.

Mais il est remarquable que par ses arrêts des 14 décembre 1928 (41) et 20 juin 1930, revenant sur sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat a statué en sens contraire. La netteté de ce revirement est illustrée par le fait qu'il s'est produit à l'occasion du même service (42), pour lequel, en 1903, le Conseil d'Etat avait statué en sens contraire. Les visas de l'arrêt constatent, au surplus, que « les prix assignés dans le Pavillon pour ces malades ou blessés sont dans une certaine catégorie de chambres supérieurs au coût effectif de la journée ». Mais, respectant le principe de l'unité du service et constatant que, « au total, d'après l'examen de la comptabilité, ils ne permettent à l'administration des Hospices Civils de réaliser aucun bénéfice réel », il estime que « l'administration des Hospices Civils est fondée à soutenir que ces pavillons ne présentent pas les caractères particuliers d'une maison de santé et qu'elle ne peut être, en raison de ces pavillons, assujettie à la patente. »

Ces arrêts, il est vrai, sont intervenus dans la matière spé-

(38) Citons en ce sens un arrêt du 21 février 1936, R.H. 1936, page 260, dans lequel il s'exprime ainsi :

« Considérant que les hôpitaux et hospices communaux constituent des *établissements publics*, que, par suite, les médecins attachés à ces établissements ne peuvent pas réclamer directement des honoraires aux malades usagers de ce service public *quel que soit le titre auquel ces malades y sont admis.* »

(39) S. 1905-3-153.

(40) S. 1908-3-41.

(41) S. 29-3-31 et S. 31-3-26.

(42) Hospices civils de Lille, Pavillon Victor Olivier.

ciale du droit fiscal, mais il est permis d'admettre que la distinction établie en l'occurrence par le Conseil d'Etat procède du point de vue plus général de la distinction du service public proprement dit et du service public industriel.

Il semble d'ailleurs en résulter, par *a contrario*, que le service de malades payants qui fonctionnerait en vue du bénéfice serait considéré par le Conseil d'Etat comme une gestion privée et assimilé, sous les réserves que nous avons faites, à la maison de santé privée. Mais encore faudrait-il que l'ensemble du service laisse effectivement un bénéfice.

Mentionnons, en terminant, une catégorie particulière de personnes fréquemment admises dans les hôpitaux sans être malades : les personnes d'accompagnement des malades, qui paient à l'administration un prix de pension.

En nous basant sur nos explications, nous croyons devoir affirmer que du fait de l'admission de ces personnes, le service de malades payants ne se transforme pas en service industriel. Si leur admission est réglementée par la commission administrative — et elle doit l'être — il faudra les considérer comme une catégorie particulière d'usagers du service public hospitalier. Nous ajoutons que la commission administrative n'aurait aucun intérêt à contracter avec ces personnes sur la base du droit privé. La situation contractuelle comporterait, en effet, de sérieux inconvénients (impossibilité de renvoi immédiat au cas où le lit devrait être occupé par un malade, fixité du taux d'entretien pendant la durée du séjour, danger du refus d'évacuer l'hôpital combiné aux lenteurs des procédures judiciaires, etc.). L'admission ayant lieu à titre accessoire, la personne d'accompagnement ne doit pas avoir de droits plus étendus que le malade lui-même.

Concluons de ces développements que l'établissement public hospitalier ou certains de ses services ne peuvent être assimilés aux services publics industriels que dans des cas tout à fait exceptionnels et rares. Pratiquement, dans les développements qui vont suivre, il sera superflu de consacrer à ces cas une étude spéciale.

Nous venons de constater, en parlant des services publics industriels, qu'on a essayé de distinguer au point de vue de

la responsabilité administrative, la situation de l'usager de celle du tiers. Cette même distinction ne s'impose-t-elle pas pour l'établissement public lui-même ?

§ 4. — La critique du critère de la nature des droits exercés

La nature de l'activité exercée par l'établissement public hospitalier détermine, pour le tiers comme pour l'usager, le caractère de la responsabilité. Si l'établissement agit dans la limite de ses droits de personne privée, il encourt envers le tiers lésé la responsabilité du droit commun. S'il agit en exercice de ses prérogatives de puissance publique, le tiers lésé devra invoquer la responsabilité administrative.

Cette distinction, en dépit de son apparence de simplicité, entraîne des conséquences choquantes : pourquoi le tiers préjudicié par l'administration doit-il être traité différemment, suivant que l'administration a agi dans tel ou tel autre domaine de sa fonction ? Comment justifier que le passant blessé par une tuile tombée du toit d'un immeuble locatif de l'administration soit indemnisé selon d'autres principes que le tiers blessé par une tuile qui se détache du toit d'un immeuble affecté au service ? On comprend mal que le premier doit aller devant le juge ordinaire invoquer le droit commun, alors que l'autre doit se présenter devant le juge administratif pour requérir l'application des principes de la responsabilité administrative.

Mais cet inconvénient découle nécessairement de l'interprétation actuelle du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs, en effet, se manifeste non seulement dans les litiges s'élevant à l'occasion de relations déterminées, contractuelles ou réglementaires. Il a une portée absolue et universelle et s'applique sans difficulté aux relations accidentelles et éphémères, qui naissent de l'activité dommageable, c'est-à-dire aux relations avec le tiers. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une réclamation faite par un tiers que le Tribunal des Conflits, en 1908, a précisé la compétence

des tribunaux administratifs en matière de responsabilité extra-contractuelle (43).

Ce principe, qui aboutit à l'application de la théorie administrative de la faute en cas de dommage causé aux tiers, dans les mêmes cas où elle serait appliquée à l'usager lui-même, vient d'être ébranlé par l'effet de nouveaux efforts jurisprudentiels et doctrinaux que nous avons cités, efforts tendant à exclure de la responsabilité administrative certains services de l'administration, dont la mission et, dans une moindre mesure, la structure interne, sont considérées comme suffisamment proches de la vie juridique ordinaire, pour qu'on puisse revenir en ce qui les concerne au droit commun : les services publics industriels. L'entorse au principe consiste non pas dans cette restriction apportée à la compétence administrative, mais au contraire, à la tendance, plus récente, de mitiger les conséquences de cette scission en la limitant aux rapports existant entre l'établissement public et ses usagers. Ainsi, l'établissement public industriel apparaîtrait dans ses rapports avec les usagers comme un simple service privé, dont la responsabilité serait réglée par les tribunaux ordinaires ; mais dans ses rapports avec les tiers, il resterait un service public tout court, dont la responsabilité serait réglée par les tribunaux administratifs.

Il nous semble que cette distinction pourrait également être établie en matière de travaux publics, au cas où l'administration opterait pour le contrat privé. On voit mal, en effet, pour quelle raison cette option serait opposable aux tiers (44).

Cette scission entre les usagers et les tiers, malgré la légère complication qu'elle introduit en matière de compétence, nous paraît intéressante, parce qu'elle est rationnelle. L'administration, quelle que soit la nature du service qu'elle assure, reste toujours une personne de droit public. La commodité peut l'inciter à emprunter les formes de la vie civile envers ses usagers. Mais il n'y a là aucune raison majeure pour conclure à l'application du droit commun aux tiers victimes de son activité, dans

(43) Confl. 29 février 1908, R.E.B. 1908, p. 342, Feutry.

(44) Notons qu'en matière de dommages causés aux tiers par les travaux publics les tribunaux administratifs se déclarent compétents, encore que les travaux n'aient pas été régulièrement autorisés. (Voir Hauriou, p. 764.)

la mesure, du moins, où ces tiers n'agissent pas du fait de l'administré ou de l'entrepreneur (parents, créanciers, etc...).

Pour la quasi-totalité des auteurs, la question ne paraît pas s'être posée. Ils paraissent avoir admis sans hésitation l'assimilation pure et simple, au point de vue de la compétence, de l'usager ou de l'entrepreneur de travaux publics d'une part, et du tiers, d'autre part.

N'est-il pas choquant, cependant, d'admettre que le tiers étranger au service hospitalier doive, pour intenter une action contre l'administration, rechercher d'abord la nature de l'acte qui lui a porté atteinte, c'est-à-dire dans bien des cas « se mettre dans la peau de l'administré ou de l'entrepreneur » pour déterminer la compétence ! — Admettons qu'un tiers subisse un dommage par suite du fonctionnement d'un atelier qu'exploite l'hôpital pour faire l'apprentissage et pour occuper des orphelins. Nous avons distingué et affirmé que ce service technique peut avoir la qualité d'un service public industriel, si, habituellement, il travaille pour des clients du dehors. Dans ce cas, suivant le principe classique, le tiers lésé devrait agir suivant les articles 1382 à 1384 du Code Civil. Si, par contre, l'atelier ne travaillait que pour l'hôpital, il devrait s'adresser aux tribunaux administratifs. — Rappelons encore l'exemple du passant blessé par une tuile tombant du toit d'un bâtiment appartenant à l'administration et affecté au service. Ne faut-il pas dire, pour appliquer les principes de la compétence, que seul le tribunal administratif peut connaître de la réclamation de l'intéressé (défaut d'entretien constituant une faute de service). Si la tuile tombe d'une maison de rapport, le tiers blessé devra agir devant le Tribunal Civil, etc., etc... Il est ainsi mis dans un sérieux embarras (45).

Le plus simple serait, apparemment, de statuer que le tiers lésé par l'administration doit toujours agir devant les tribu-

(45) Poussant jusqu'au bout la démonstration du caractère artificiel de la distinction, il suffit de poser la question suivante : devant quel tribunal, le tiers blessé agira-t-il au cas où la fameuse tuile qui s'est détachée du toit de l'immeuble affecté au service, tombe d'abord sur le toit d'une maison de rapport avant de blesser le passant, ou inversement ? — L'hypothèse est tout à fait pratique. — On n'est pas sans se demander en présence de ces cas, s'il est nécessaire de compliquer à ce point la question de compétence.

naux administratifs. La solution serait commode. Elle répondrait à la réalité des choses, puisque le tiers ne distingue pas et ne peut distinguer, parfois, dans l'administration les deux aspects correspondant aux deux sortes de gestions, publique et privée. Il faut qu'il puisse agir sans hésitation devant une juridiction bien déterminée.

Mais l'état actuel du droit administratif ne permet pas de recourir à cette solution. Il faut distinguer.

Traditionnellement — d'abord — la gestion du domaine privé de l'administration ne peut entraîner une responsabilité de nature administrative, même envers les tiers, parce que cette gestion ne dépasse en aucun cas celle qu'assure le simple particulier.

Il n'est pas moins certain qu'en exerçant ses prérogatives, l'administration n'agit en aucun cas comme personne de droit privé et que, par conséquent, les tribunaux ordinaires, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, ne sauraient apprécier la faute de l'administration. Ce domaine d'action ne peut donner lieu qu'à un contentieux administratif, réserve faite de la voie de fait et de l'usurpation de pouvoir.

Reste la question la plus délicate des cas, où l'administration, en vertu d'un choix qu'elle peut exercer, renonce à l'utilisation de ses prérogatives pour se placer sous le régime du droit privé. La renonciation — nous l'avons souligné — ne saurait être que partielle. Dans cet ordre d'idées, il semble qu'il faille entrer dans les vues de M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie, exprimées à l'occasion des services publics industriels.

Il n'y a à cela aucune difficulté, car si les tribunaux ordinaires doivent s'abstenir de connaître des actes administratifs, les tribunaux administratifs, eux, peuvent parfaitement apprécier, à l'occasion des réclamations des tiers, les actes accomplis sans appel à la prérogative de puissance publique et appliquer les dispositions du Code Civil.

Nous avons tenu à signaler cette évolution qui s'amorce, parce qu'elle montre que, dans le domaine des réclamations des tiers, la responsabilité administrative résiste bien mieux au ré-

trécissement que dans le domaine de l'action des usagers du service public et des entrepreneurs de travaux publics.

Le Conseil d'Etat n'a pas encore confirmé en termes exprès cette réserve de la compétence administrative pour l'action des tiers.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, force est donc de s'en tenir à la distinction du contentieux administratif et du contentieux judiciaire, telle que nous l'avons rappelée.

Si la doctrine paraît encore tout à fait hésitante pour entrer dans ces vues, remarquons qu'elle reconnaît dès à présent d'une manière unanime qu'au point de vue de l'étendue de la responsabilité de l'administration, l'on ne saurait mettre les tiers et les usagers du service sur un même plan.

M. Duez a mis en relief cette différence, dont il importe de tenir compte (46).

Mais cette distinction très judicieuse des usagers et des tiers n'épuise qu'un côté, le moins grave de conséquence, de la question. Elle ne se préoccupe pas de la nature même des relations qui se forment dans l'un et l'autre cas.

Il ne s'agit pas de mesurer l'étendue respective de la responsabilité, mais d'en déterminer le principe — principe de droit commun ou principe administratif — recherche qui doit aboutir à une différenciation non pas quantitative, mais qualitative.

(46) Voir « La responsabilité de la Puissance publique », Paul Duez : « On peut tout d'abord, formuler une grande distinction entre les tiers et les usagers du service public. D'une manière générale, la responsabilité envers le tiers sera plus facilement admise qu'envers l'usager : 1° le tiers n'ayant à aucun moment pénétré dans l'entreprise administrative n'a retiré directement en contre-partie du préjudice qui lui est causé, aucun avantage du fonctionnement du service public ; 2° entre l'action administrative et le dommage, il ne s'est glissé aucun fait personnel de sa part : il n'a point provoqué un dommage qui est allé l'atteindre chez lui en pleine passivité. — Le Conseil d'Etat se montrera plus sévère au regard de l'usager parce que celui-ci a bénéficié, en faisant fonctionner le service public, d'une contre-partie à son sacrifice et parce que, par son fait personnel, il s'est dans une certaine mesure, exposé au dommage : celui qui fait fonctionner la machine administrative accepte par avance de courir une certaine marge de risques. »

CHAPITRE IV

LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

Nous avons eu l'occasion de rappeler que la théorie de la responsabilité de l'administration a été construite autour de la distinction très originale de la faute personnelle et du fait de service, qui n'a pas d'analogue en droit privé et qui est même en opposition flagrante avec le système de la responsabilité quasi-délictuelle du Code Civil (1), parce qu'elle refuse d'emblée d'appliquer à l'administration le principe de la responsabilité du commettant pour le préposé.

Mais l'histoire de la responsabilité en général nous apprend que la responsabilité pour faute n'est pas la seule que connaisse aujourd'hui le droit privé. La notion de risque est venue élargir la base de la responsabilité dans les cas où l'exigence de la preuve d'une faute paraissait inadmissible en équité.

Dans quelle mesure le droit administratif a-t-il tenu compte de cette évolution dans l'agencement de la responsabilité des personnes administratives ? Dans quels cas intéresse-t-elle notamment l'établissement public hospitalier ? Voilà la première question à étudier.

Dans la responsabilité pour faute, qui reste le noyau de la responsabilité administrative, quelles sont les conditions de mise en œuvre de la responsabilité ? Cette seconde question nous permettra de rappeler en matière hospitalière la distinction fondamentale de la faute personnelle et du fait de service et la théorie administrative du dommage.

(1) Art. 1382 à 1384.

Il faudra, en troisième lieu, relever les causes d'exonération totale ou partielle de responsabilité qu'admet le droit administratif.

Enfin, il conviendra de déterminer les effets de la responsabilité hospitalière.

Cette étude fera l'objet de quatre sections.

SECTION I

Les domaines respectifs de la responsabilité pour faute, pour risque et pour enrichissement sans cause

§ 1. — Le principe de la responsabilité administrative : La faute

L'activité individuelle diffère de l'activité administrative par le fait qu'elle s'exerce en vue de l'intérêt de l'individu ou d'un groupe restreint, alors que celle-ci tend à réaliser des buts d'intérêt commun. Chacun est appelé à profiter de l'administration, chacun peut donc être obligé à subir un certain sacrifice, considéré comme normal, en raison de l'avantage dont tout le monde est appelé à profiter. En droit privé, par contre, il est normal que l'individu lésé par l'activité d'un autre individu doit toujours être indemnisé, parce que cette activité ne s'exerce pas, du moins en principe, à son profit.

La responsabilité administrative ne paraît donc, de prime abord, être engagée qu'au cas où l'administration a causé un dommage exceptionnel, en rompant l'égalité devant les charges publiques. Tel est le principe que M. Duez place au frontispice à sa théorie de la responsabilité de la puissance publique (2).

(2) « La responsabilité de la puissance publique », dit-il (page 61), « vise donc au rétablissement d'un équilibre économique et patrimonial commandé par l'idée d'égalité des citoyens devant les charges publiques, idée incluse dans la conscience juridique moderne. Voilà le tréfonds juridique de cette théorie de la responsabilité de la puissance publique. »

Le principe explique — notons-le en passant — que l'usager du service public soit traité moins favorablement, au point de vue de la responsabilité administrative, que le tiers non bénéficiaire de l'opération administrative. Cette inégalité de traitement se justifie, précisément, par le principe de l'égalité, dans les cas où une partie seulement de la population est appelée à bénéficier du service public, notamment en matière hospitalière.

Mais le principe comporte un danger : ne tend-il pas plutôt vers une responsabilité construite sur la notion de risque que vers une responsabilité pour faute ? Appliqué à la lettre, il porte en lui le germe d'une singulière extension de la théorie du risque.

Les auteurs et la jurisprudence ont bien vite constaté, en effet, que la responsabilité pour faute ne permettait pas dans tous les cas où la responsabilité de l'administration paraît nécessaire, en équité, de donner satisfaction aux victimes de l'action administrative. L'exigence d'une faute caractérisée de la part de l'administration n'était pas conciliable dans de nombreux cas avec les intérêts légitimes des usagers et du personnel. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il cru devoir élargir la base même de la responsabilité de l'administration en construisant, dans certains domaines particuliers, une théorie administrative du risque, en transposant, d'autre part, dans le droit administratif, le principe de l'enrichissement sans cause, transposition qui, d'ailleurs, fait l'objet de controverses doctrinales (3).

Or, malgré les extensions réalisées par le Conseil d'Etat, la théorie administrative du risque, critiquée par Hauriou et acclamée par M. Duez, reste limitée dans ses applications pratiques et exceptionnelle par rapport au principe de la responsabilité pour faute.

On peut dire que le rétablissement de l'égalité devant les charges publiques constitue le but de la responsabilité administrative du moins en matière non-contractuelle, mais que le moyen dont dispose la victime pour y arriver, la preuve de la faute de service, ne lui permet pas toujours d'avoir gain de cause, sauf le cas où, en vertu de la théorie du risque, il est exceptionnellement dispensé de rapporter cette preuve.

(3) Voir les développements que leur consacre M. Duez dans son ouvrage.

Mais quels sont les cas, dans lesquels ces responsabilités exceptionnelles pour risque ou pour enrichissement indû peuvent jouer, notamment pour l'administration hospitalière ?

§ 2. — La responsabilité pour risque

Trois cas de responsabilité pour risque peuvent fréquemment se présenter pour les établissements publics hospitaliers : 1° La responsabilité pour les dommages permanents résultant de travaux publics ; 2° La responsabilité pour le risque extraordinaire de voisinage ; 3° La responsabilité résultant de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

1° L'exemple le plus important de responsabilité administative pour risque est constitué par la catégorie des dommages permanents résultant de travaux publics. Le principe de l'égalité devant les charges publiques trouve ici une consécration frappante.

Suivant Hauriou, trois conditions sont requises pour que cette responsabilité puisse jouer : 1° le dommage doit porter sur un objet de propriété immobilière, déprécié d'une manière permanente ; 2° la dépréciation doit être due au voisinage de l'ouvrage public ; 3° le dommage doit être exceptionnel par rapport aux dommages que doit supporter sans indemnité tout particulier en droit immobilier privé.

Remarquons que les tribunaux ne peuvent ordonner la modification ou la démolition du travail public. Ils accorderont des indemnités, sans plus. Ce principe a même été admis par les tribunaux de l'ordre judiciaire (4).

Pour les établissements publics hospitaliers, l'application de la théorie administrative du risque n'est possible qu'en ce qui concerne les bâtiments et ouvrages affectés au service. Pour les autres biens du domaine, d'ailleurs, la théorie du risque — bien plus large — du droit privé, assure la réparation du dommage.

Il importe de noter l'extension que le Conseil d'Etat a donné

(4) Voir Cass. req. 25-3-35, DH 1935, page 297 ; Epernay, 14-6-35- DH 1935, page 424.

à la compétence du Conseil de Préfecture grâce à une interprétation particulièrement large de la notion de travaux publics. Sont considérés comme travaux publics, non seulement les travaux de construction d'immeubles, de routes, etc..., mais aussi les travaux d'entretien de ces ouvrages (5). La même compétence a été admise en matière de dommages causés par suite de l'inexécution de travaux publics nécessaires (6).

Une dernière remarque s'impose à la suite des explications que nous venons de donner : suivant une jurisprudence constante, la responsabilité spéciale de l'administration pour les dommages causés par les travaux publics n'exclut nullement la responsabilité de droit commun administratif pour faute dans les cas où cette responsabilité spéciale ne peut jouer, notamment en matière de dommages accidentels (7).

2° Quant à la responsabilité pour le risque extraordinaire de voisinage, l'exigence d'un dommage et d'un risque exceptionnels et anormaux entraîne que cette responsabilité ne pourra que très rarement être invoquée. Le risque extraordinaire sera constitué par exemple par le voisinage d'installations techniques particulièrement dangereuses, telles que les installations à haute tension de l'appareillage de lutte anticancéreuse, les services de désinfection chimique, etc...

Ces installations comportent des risques qui, même en l'absence de toute faute connue de l'administration, entraînent la responsabilité en cas de dommage.

Mais il faut bien préciser que cette responsabilité n'est encourue qu'en cas de dommage directement dû à ce risque exceptionnel, et non en cas de force majeure. En droit privé, d'ailleurs, la responsabilité pour le risque est également exclue en cas de force majeure.

Notons encore que la responsabilité pour le risque du voisinage est encouru par l'administration en faveur tant des tiers que des usagers et du personnel.

(5) Travaux normaux de voirie : voir CE 8-3-35, DH 1935, page 335 ; 25-1-35, DH 1935, page 200 ; travaux de nettoiement des voies publiques : CE 5-4-34, DH 35, page 352.

(6) CE 2-11-34, DH 1935, page 55.

(7) Voir CE 13-2-35, *Gaz. Pal.* 1935, page 896, chute d'un arbre sur une rue ; voir également CE 20-3-26, DP 1926, page 258, et *Revue de Droit public*, 1935, page 611.

3° Dans les rapports entre l'administration et son personnel, la théorie administrative du risque a reçu à la fois une consécration législative et une consécration jurisprudentielle.

C'est, en matière législative, la responsabilité organisée par la loi de 1896 sur les accidents du travail, complétée par un ensemble de lois subséquentes ; c'est, en matière jurisprudentielle, la responsabilité de l'administration pour renvoi brusque du personnel.

Ici, c'est bien le risque de l'entreprise qui constitue le principe de la responsabilité. Par l'arrêt « Neveu » (8), le Conseil d'Etat a confirmé que la responsabilité du chef d'entreprise, telle qu'elle a été organisée par la loi de 1898 est applicable aux administrations publiques pour le personnel qui n'a pas la qualité de fonctionnaire (9). Nous reviendrons plus en détail sur cette matière, en examinant spécialement les principes de la responsabilité de l'administration envers le personnel. Notons que seuls les tribunaux ordinaires peuvent connaître de la responsabilité qui découle de cette législation.

Remarquons, en terminant nos explications sur la théorie du risque, que son extension en matière hospitalière comporterait de graves dangers en raison des répercussions financières qu'elle entraînerait pour l'administration. Elle constituerait, d'ailleurs, dans de nombreux cas, une véritable impossibilité.

Les craintes exprimées par Hauriou quant aux conséquences financières qu'est susceptible d'entraîner la notion de risque mise à la base de la responsabilité sont particulièrement fondées en matière hospitalière.

Le principe du risque comporte l'inconvénient, en effet, de ne tenir nul compte des circonstances de fait, dans lesquelles le dommage est causé, déficience très grave dans un domaine de responsabilité marqué par l'inexistence d'obligations précises.

Nous avions l'occasion de constater, et nous vérifierons par la suite, que l'activité hospitalière ne s'analyse pas en des prestations définies dues à l'usager du service public hospitalier. Il en résulte que les tribunaux se trouvent dans la nécessité

(8) C.E. 5-8-13.

(9) Voir également Cass. civ. 15-7-31, *Gaz. Pal.* 1931-2-660 ; Cass. req. 12-6-34, *Gaz. Pal.* 1934-2-669 ; Meaux, 10-2-32, *Gaz. Pal.* 1932-2-123 ; Toulouse, 23-10-34, *Gaz. Pal.* 1934-2-840.

impérieuse de rechercher dans les circonstances de chaque cause si le fait dommageable fait apparaître des attitudes de l'administration susceptibles d'être interprétées comme des fautes.

La notion de risque, en effet, présuppose une raison d'équité en vertu de laquelle le dommage est mis à la charge de l'une, plutôt que de l'autre partie. En matière de dommages causés par les travaux publics, cette raison consiste dans le fait que l'administration seule prend l'initiative du travail et en bénéficie. Mais aucune raison analogue ne saurait, *a priori,* être invoquée par l'usager du service public hospitalier.

Aussi l'application de la théorie du risque en matière de responsabilité de l'administration envers ses usagers est-elle impossible en équité. Remarquons qu'en l'absence de fautes, le dommage ne peut être imputé à l'activité de l'hôpital ; il résulte essentiellement de la constitution et de l'état de santé du malade et de l'imperfection de la science, facteurs indépendants de la volonté de l'administration. L'usager du service hospitalier doit normalement compter avec ces données éminemment aléatoires de l'activité à laquelle il recourt sans y être contraint.

L'établissement public hospitalier ne pourrait être chargé du risque qu'au cas où il pourrait garantir à ses usagers la pleine réussite de l'activité qu'elle exerce, au cas où, en d'autres termes, elle garantirait une prestation certaine : guérison du malade, accouchement normal, réussite de l'opération, etc...

Cette garantie constituant une impossibilité absolue, l'application de la théorie du risque devient elle-même impossible.

Tout ce que la Commission administrative peut garantir, c'est de faire de son mieux, c'est-à-dire d'agir sans commettre d'imprudence, d'inattention, de négligence, bref, de faute. Tant qu'elle n'est pas en faute, elle ne saurait être responsable.

Les activités complexes et aléatoires constituent un obstacle décisif pour la responsabilité basée sur la notion du risque. Seule, la théorie de la faute est assez souple pour garantir une saine appréciation de la responsabilité.

Rationnellement, l'extension de la théorie du risque ne paraît possible qu'en matière de responsabilité de l'établisse-

ment envers les tiers, à conditions toutefois qu'ils ne réclament pas en qualité d'ayant-droit de l'usager, mais de leur propre chef. Si l'activité hospitalière est aléatoire pour l'usager, qui doit être réputé d'en accepter le risque, elle ne doit pas causer de dommage au tiers, qui n'en profite pas. Telle est la conséquence du principe bien compris de l'égalité devant les charges publiques. Mais la jurisprudence ne paraît pas portée d'entrer, au point de vue de la théorie du risque, dans la distinction de l'usager et du tiers. Elle s'en tient au principe de la responsabilité pour faute.

§ 3. — La responsabilité pour enrichissement sans cause

Il semblerait que cette sorte de responsabilité convienne particulièrement dans la responsabilité administrative construite sur la base de l'équité. Cependant elle n'a été appliquée que dans certains cas exceptionnels, notamment en matière contractuelle.

1° Citons le cas de l'exécution de travaux publics par un entrepreneur sans autorisation régulière. Si les travaux entraînent une augmentation de valeur pour les immeubles affectés au service et si cette augmentation profite à l'administration, il paraît tout à fait logique que l'entrepreneur obtienne une indemnité égale à cette augmentation de valeur.

2° Notons encore que le principe de l'enrichissement sans cause pourra être invoqué en vue de régler les litiges, nés à l'occasion du service, entre deux collectivités de l'administration. Par exemple, l'administration qui a perçu le prix de la journée pour un malade, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une caisse d'assurance sociale ou d'assistance publique, omet d'exécuter ou exécute mal les prestations dues au malade. La personne ou la collectivité qui a payé doit pouvoir obtenir dans ces cas le remboursement du prix, parce qu'il y a enrichissement sans cause. Mais dans ces cas, généralement l'administration est en faute et il n'est pas nécessaire de recourir à la notion

de l'enrichissement sans cause, l'indemnité étant due en vertu de la faute commise (10).

Il est difficile d'imaginer d'autres hypothèses où la responsabilité administrative pour enrichissement sans cause puisse s'appliquer aux établissements hospitaliers.

Nous ne reviendrons pas à la question de la responsabilité administrative pour enrichissement sans cause, qui — on le voit — n'a qu'une portée extrêmement restreinte pour les établissements publics hospitaliers.

Hauriou relève encore une responsabilité administrative pour le fait des choses inanimées (autos). Nous étudierons cette question particulière en examinant la responsabilité de l'administration envers les tiers.

Revenons maintenant au cas général, à la responsabilité pour faute.

SECTION II

Les conditions de succès de la responsabilité pour faute

La responsabilité pour faute reste la règle en matière de responsabilité administrative. La faute constitue donc la pemière condition de succès de cette responsabilité. Mais elle n'est pas la seule. L'administration ne peut être rendue responsable que d'un dommage répondant à certaines exigences. Le dommage, d'autre part, doit résulter directement de la faute. Examinons de plus près à quelles conditions la faute combinée au dommage entraîne la responsabilité de l'administration hospitalière.

§ 1. — La faute

Il importe, d'une part, de distinguer dans l'acte fautif de l'organe, de l'agent, le fait de service, dont la responsabilité

(10) Voir pour le principe C. de Préf. Grenoble, 30-11-1935 — G.P. 1936, p. 206.

incombe à la personne morale administrative, et la faute personnelle, dont l'organe seul doit supporter les conséquences; il faut, en d'autres termes, distinguer dans les fautes que commet l'organe celles qui engagent l'administration et celles qui ne l'engagent pas. Tel est l'objet de la distinction de la faute personnelle et du fait de service.

D'autre part, nous attachant plus spécialement à la faute de service, il faudra examiner dans quelle mesure elle se cumule avec la faute personnelle au point de vue de la responsabilité.

I. — *Faute personnelle et fait de service*

Dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, il est possible de formuler, quant à la distinction de la faute personnelle et du fait de service, un ensemble de principes simples. Nous renvoyons pour le détail aux nombreuses études qui ont été faites.

Voici les principes que nous croyons pouvoir formuler sans fournir de plus amples explications :

1° L'administration est exclusivement responsable des suites des faits de service et cette responsabilité doit être invoquée devant la juridiction administrative. L'agent est exclusivement responsable de ses fautes personnelles et cette responsabilité ne peut être invoquée que devant les tribunaux ordinaires. Rappelons, cependant, l'attitude opposée prise par la chambre criminelle de la Cour de Cassation, contrairement à la jurisprudence du Tribunal des conflits, en matière pénale.

2° Constitue un fait de service toute faute qui est dans les habitudes du service et qui, par conséquent, n'en est pas détachable. Mais il faut que la faute soit grave et bien caractérisée. Le Conseil d'Etat souligne fréquemment, dans ses arrêts, la nécessité d'établir une « faute manifeste et d'une particulière gravité » (11).

3° Constitue une faute personnelle à l'agent celle qui

(11) Voir parmi bien d'autres arrêts ceux des 24-6-1921, R. p. 632 ; 12-4-1924, R. p. 409 ; 27-1-1933, R. p. 630 ; 29-1-1936, R.H. 1937, p. 75). Tel est notamment le cas en matière de responsabilité de l'hôpital pour le service médical (C.E. 8-11-1935, R.E.B. 1936, octobre).

manifeste son intention de se mettre en dehors des pratiques du service, c'est-à-dire celle qui comporte une circonstance détachable du service (12). Le caractère pénal de la faute n'est pas dans tous les cas le signe de la faute personnelle (13).

II. — *Non-cumul des responsabilités pour faute personnelle et pour fait de service*

En principe, la responsabilité de l'administration pour faute de service et la responsabilité de l'agent pour faute personnelle ne se cumulent pas. Mais le Conseil d'Etat cherche de plus en plus à mitiger les conséquences de ce principe, dans l'intérêt de la victime. Autrefois, certains auteurs prétendaient que la condamnation et du fonctionnaire pour faute personnelle et de l'administration pour faute de service était possible au seul cas où le dommage causé était dû à deux faits différents, quoique connexes, dont l'un constituait, précisément, la faute personnelle et l'autre le fait de service, c'est-à-dire où, comme s'exprimait Hauriou, « il se révélerait *côte à côte* un fait personnel du fonctionnaire et une faute de service ».

Aujourd'hui, ce point de vue restrictif est nettement dépassé par la jurisprudence du Conseil d'Etat : le cumul est possible non seulement au cas où le dommage est la suite de plusieurs fautes, les unes imputables au service, les autres non imputables, mais même à raison d'un fait unique, fait personnel accompli *à l'occasion* d'un acte de l'exercice de la fonction (14).

La formule employée par le Conseil d'Etat dans cet arrêt est saisissante : « Considérant... que cette faute personnelle commise par le sieur..... dans l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité du service public ».

Elle nous paraît même trop absolue et il serait prématuré, à notre sens, d'en conclure ce qui paraît en résulter à première vue, à savoir que la responsabilité de l'administration serait engagée par le seul fait que la faute personnelle a pu être com-

(12) Confl. 11-7-1927, S. 1928-3-5 ; Cass. 12-6-1923, S. 1924-1-23 ; C.E. 7-7-1922, S. 1922-3-33.

(13) Confl. 14-1-35, S. 1935-3-17, avec la note de M. Alibert.

(14) Voir C.E. 14-2-1936 « Torgeron », G.P. 1936, 536.

mise « dans l'exercice des fonctions », car admettre la responsabilité de l'administration sans rechercher une faute de service caractérisée, reviendrait en dernière analyse à annihiler, du moins dans les rapports de l'administration avec les usagers et les tiers, toute l'utilité de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service. Telle n'a pas été l'intention du Conseil d'Etat.

Nous estimons que l'état actuel de la jurisprudence résulte plus nettement des termes d'un arrêt du 22 janvier 1936 (15), intervenu en matière de responsabilité hospitalière, dont nous extrayons ce qui suit :

« Considérant qu'il est établi que le décès du sieur... a été provoqué par les coups qui lui ont été portés lors de son admission à l'asile départemental de..., par le sieur... infirmier à la garde duquel il avait été confié ; que ce dernier n'a pu exercer de tels sévices que par suite d'un manque de surveillance résultant d'une organisation défectueuse de l'asile, que cette faute engage ainsi la responsabilité du département... »

Il fallait donc établir une faute de service caractérisée. C'est ce qui résulte, d'ailleurs, d'une manière nette, des termes du premier « considérant » :

« Considérant que la circonstances que le sieur... a été condamné... ne fait pas obstacle à ce que la dame veuve... demande au département de la... la réparation du préjudice... ; qu'il appartient seulement au juge administratif, *s'il estime qu'il y a une faute de service* de nature à engager la responsabilité du département, de prendre, en déterminant la forme et la quotité des indemnités par lui allouées... » (mesures pour éviter une réparation totale supérieure au préjudice).

Concluons que la responsabilité pécuniaire des agents n'est pas engagée envers l'administration au cas où celle-ci a été condamnée. L'administration n'a, en principe, aucun recours contre l'agent, pour se faire rembourser les indemnités qu'à la suite de la faute par lui commise, elle a dû payer à la victime. A titre d'exception, citons, cependant, le cas des comptables qui

(15) G.P. 1936, p. 282.

sont pécuniairement responsables de leur gestion financière envers l'administration (16).

Haurion, dans une note au Sirey (17), explique que cette irresponsabilité découle nécessairement de la distinction entre le fait de service et la faute personnelle.

Mais la thèse de l'irresponsabilité a suscité de nombreuses critiques. M. Appleton constate que « cette thèse ne trouve sa justification dans aucun principe du droit public, dans aucun texte de loi, dans aucune considération d'équité » (18).

Il semble, en effet, que toute atteinte au principe du non-cumul doive logiquement entraîner une atteinte au principe de l'irresponsabilité de l'agent envers l'administration.

Le Conseil d'Etat paraît s'en être convaincu, puisqu'au cas où le cumul est admis, il se préoccupe de prévoir, dans ses arrêts, un procédé susceptible d'éviter la double indemnité. Le plus souvent, l'administration est subrogée dans les droits des victimes contre les agents personnellement condamnés par les tribunaux ordinaires, jusqu'à concurrence du montant par elle due.

Les agents personnellement attaqués, ainsi que l'administration, bénéficient fréquemment de la garantie qu'implique pour eux la procédure du conflit.

§ 2. — Le dommage

La victime qui agit en responsabilité doit rapporter la preuve du dommage qu'elle subit. Mais tout dommage ne donne pas lieu à indemnité. Le dommage doit, d'abord, résulter de la violation d'un droit. L'administration ne saurait être responsable des conséquences fortuites de son activité, alors que l'individu n'avait aucun titre légitime et respectable au maintien du statu quo. Ainsi, l'employé doit accepter la mutation d'emploi décidée

(16) Voir C.E. 10-7-1874, D.P. 1875-3-70 ;
C.E. 4-12-1891, D.P. 1893-3-46 ;
C.E. 24-11-1916, R. p. 484 ;
C.E. 28-3-1924, D.P. 1924-3-49.
(17) 1926-3-17 (C.E. 8-2 et 28-3-1924).
(18) Voir sa note sous C.E. 28-3-1924, précitée au Dalloz périodique.

à son égard, du moins si elle n'a pas pour effet de le mettre, au point de vue hiérarchique, dans une situation inférieure.

Le dommage doit, ensuite, être la conséquence directe de la faute de l'administration. Il ne suffirait pas de le prétendre. Il importe de prouver la relation de cause à effet (19).

Le dommage doit être matériel, immédiat et certain : un simple dommage éventuel ne suffirait pas. Le dommage moral n'est pas à indemniser par l'administration. Le Conseil d'Etat a maintes fois refusé d'accorder l'indemnisation du dommage moral (20). La formule caractéristique qui revient souvent dans les arrêts du Conseil d'Etat est la suivante : «... cette douleur ne constituant pas un élément de préjudice susceptible d'être évalué en argent... »

Le dommage doit, enfin, excéder les inconvénients que doit normalement supporter la population en contre-partie des avantages qu'elle retire des services publics. En d'autres termes, l'indemnisation n'est justifiée qu'à la condition que la victime puisse alléguer une inégalité de répartition des charges publiques, inégalité que l'indemnité a précisément pour but de supprimer. L'administration ne saurait être rendue responsable des inconvénients résultant d'une activité que tout particulier pourrait également exécuter sans devoir d'indemnité.

C'est surtout à l'occasion des dommages causés par les travaux publics que la jurisprudence administrative a dégagé ces principes. S'ils sont d'apparence assez simple, leur application se révèle toujours délicate en raison de la très grande variété des situations.

Au surplus, les conditions auxquelles doit satisfaire le dommage varient elles-mêmes dans une certaine mesure. Ainsi, en matière de responsabilité pour risque, le Conseil d'Etat exige un dommage exceptionnel ; de même, plus généralement, quand l'administration s'est bornée à exercer un droit lui appartenant.

(19) Voir C.E. 2-11-32, R.E.B. 1933 et 26-7-33, R.E.B. 1934, p. 360.
(20) Voir C.E. 25-7-19, Lebon, p. 689 ; 2-1-35, G.P. 1935, p. 535.

SECTION III

Les limites de la responsabilité résultant du droit commun administratif

L'exigence d'une faute de service constitue une sérieuse limite à la responsabilité des établissements hospitaliers dans la mesure, tout au moins, où le principe du non-cumul avec la responsabilité personnelle de l'agent reste valable. De la nécessité d'une faute il faut, notamment, conclure à l'irresponsabilité de l'administration pour le cas fortuit et la force majeure.

La question de la faute fait apparaître, d'autre part, celle de la faute concomitante de la victime, ainsi que celle de l'appel en cause de l'auteur fautif du dommage.

§ 1. — Le cas fortuit et la force majeure

Ni le cas fortuit ni la force majeure ne laissent de place pour la faute de l'administration, et, par suite, pour sa responsabilité.

Dans une note sous un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 10 mai 1912 (21), Hauriou a défini ces deux causes d'irresponsabilité dans ce qu'elles ont de particulier en matière administrative.

La distinction du cas fortuit et de la force majeure est importante dans le cas exceptionnel où la responsabilité de l'administration est basée sur la notion du risque. La responsabilité pour risque, en effet, joue même dans le cas fortuit, tandis qu'elle ne saurait être invoquée dans le cas de force majeure.

Hauriou appelle cas fortuit l'événement qui échappe aux prévisions humaines tout en se rattachant au fonctionnement même de l'entreprise. La force majeure, par contre, constitue

(21) Sirey de 1912-3-14.

un phénomène non prévisible et irrésistible, extérieur à l'entreprise et au service.

Le cas fortuit est, en matière de service public, « une défectuosité quelconque dans l'un des services, soit dans la surveillance, soit dans la technique, une défectuosité que l'on ne pouvait pas exactement déterminer et dont on ne savait pas, d'ailleurs, si elle comportait actuellement un remède... En réalité, il y avait une faute de service qu'il était impossible de déterminer... Le cas fortuit est donc une faute de service qui s'ignore ».

L'auteur souligne le caractère élastique de la limite constituée par le cas fortuit. Il constate que le progrès de la technique a pour effet de diminuer le nombre des cas fortuits. Dès que, en raison des renseignements que fournit la science, la faute de service ne s'ignore plus, il n'y a plus cas fortuit et la responsabilité de l'administation est engagée.

Le cas fortuit, en dernière analyse, caractérise l'activité aléatoire et complexe. Il faut donc s'attendre à le voir invoquer souvent en matière de responsabilité médicale et hospitalière.

Quelques exemples le montreront. 1° Au cours d'une opération, le chirurgien cause un accident mortel en sectionnant une artère importante qui, contrairement à toute attente, était anormalement placée par rapport aux autres organes. 2° Dans un service de radiothérapie, par suite d'une variation brusque et imprévisible dans le voltage de l'appareillage à haute tension, un tube de radiothérapie saute et un malade est blessé. 3° Un enfant admis dans la même salle qu'un enfant rachitique contracte, après le départ de cet enfant, la coqueluche; l'autre enfant en était atteint dès son séjour à la clinique, mais la maladie ne s'était pas encore déclarée (période catarrhale) et ne pouvait être diagnostiquée. Il est évident qu'il y aurait faute si la science médicale permettait de diagnostiquer la coqueluche pendant la période catarrhale.

§ 2. — La faute concomitante de la victime

Si l'administration a commis une faute, sa responsabilité peut être diminuée ou même exclue au cas où la victime a

également commis une faute. Si elle n'a à s'en prendre qu'à elle-même d'avoir subi un dommage, la responsabilité de l'administration est nécessairement exclue.

Les tribunaux apprécient souverainement les faits en vue d'établir dans quelle mesure la faute de la victime doit entraîner l'exonération de la responsabilité de l'administration ou tout au moins le partage de responsabilité entre elle et la victime.

Nous renvoyons, sans insister sur cette cause d'exonération très fréquente, à la jurisprudence citée par M. Duez (22).

§ 3. — Les recours contre l'auteur fautif

L'établissement hospitalier qui a été obligé d'indemniser la victime d'un dommage causé par un tiers peut, comme tout particulier, devant le tribunal compétent, exercer un recours contre l'auteur fautif. N'insistons pas sur le cas général.

Par contre, deux questions particulières méritent d'être examinées d'un peu plus près : la question du recours de l'administration contre les tiers en cas de dommage causé au personnel et la question du recours contre le personnel en cas de dommage causé aux tiers. Nous supposons dans les deux hypothèses que l'établissement hospitalier a dû indemniser la victime.

I. — *Recours de l'administration contre les tiers en cas de dommage causés au personnel*

Le cas le plus fréquent est le suivant : un agent de l'administration, blessé dans un accident dû à la faute d'un tiers, devient incapable de tavailler et l'administration est obligée à lui payer une pension. L'administration peut-elle récupérer con-

(22) Voir notamment : en matière d'exonération totale : C.E. 24-4-1917, R. p. 334 ; 2-7-1920, R. p. 659 ; 12-5-1922, R. p. 422 ; 14-5-1924, R. p. 466 ; 16-7-1924, R. p. 685 ; 22-4-1932, D.H. 193, p. 352, et 13-5-1932, D.H. 1932, p. 419 ; en matière d'exonération partielle et de responsabilité partagée : C.E. 18-7-1917, R. p. 575 ; 25-1-1918, R. p. 70 ; 7-4-1924, R. p. 353 ; 23-1-1924, R. p. 81 ; 7-3-1924, R p. 271 ; 18-3-1932, D.H. 1932, p. 288.

tre le tiers les sommes qu'elle est tenue de payer à son ancien employé sous forme de pension ?

La jurisprudence est loin d'être unifiée en cette matière.

L'étude en a été faite par M. Waline sous un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 28-7-1933 (23).

La chambre civile et la chambre des requêtes de la Cour de Cassation, de même que le Conseil d'Etat ont à plusieurs reprises affirmé que, dans cette situation, l'accident cause à l'administration un dommage, parce qu'il fait naître à sa charge une dette immédiatement exigible envers l'agent ou ses représentants, alors qu'elle n'était tenue en vertu de son règlement des retraites que d'une obligation conditionnelle ; et ils en ont conclu que l'auteur responsable devait réparer ce dommage (24).

Ces tribunaux ont, d'ailleurs, reconnu que la victime, qui se trouve indemnisée par l'allocation d'une pension par l'administration, ne peut réclamer de dommages-intérêts au tiers fautif que dans la mesure où subsiste un excédent de préjudice non réparé (25).

Par contre, la chambre criminelle de la Cour de Cassation décide d'une manière constante que le recours de l'administration contre le tiers n'est pas possible, faute de dommage direct (26).

M. Waline, pour départager ces deux juges en contradiction, propose d'appliquer en cette matière la théorie de l'enrichissement sans cause. L'administration pourra donc exercer un recours contre le tiers, à condition que la victime ait subi un dommage par sa faute ou par son fait, et cela jusqu'à concurrence du montant de ses débours, sans pouvoir dépasser, cependant, le montant de la créance qu'avait la victime elle-même envers l'auteur du dommage.

(23) Dalloz de 1934, 1re partie, page 50.

(24) Voir Cass. civ. 7-3-1911, D.P. 1918-1-57 et 14-1-1924, D.P. 1935-1-96 ; Cass. req. 6-5-1912, G.P. 1912-2-255 et 19-5-1919, DP. 1920-1-65 à 71 ; C.E. 19-5-1922, R. p. 455.

(25) Cass. civ. 14-5-1923, D.P. 1923-1-127 (note), Cass. req. 6-11-1923, S. 1925-1-9 ; Cass. civ. 2 et 7-1-24, D.H. 1924, p. 106.

(26) Cass. Crim. 21-11-1931 et 28-7-1933 (D. 1934-1-50).

II. — *Recours de l'administration contre le personnel*

Nous avons déjà noté qu'en principe le fonctionnaire n'est pas pécuniairement responsable envers l'administration des dommages qu'il peut lui causer, restriction faite des comptables et d'autres agents, pour lesquels la loi a expressément institué la responsabilité pécuniaire envers l'administration. Nous renvoyons à la critique que nous avons cru devoir adresser au principe de l'irresponsabilité pécuniaire du fonctionnaire envers l'administration (27) et à la réserve que nous avons faite dans le cas de cumul de responsabilité.

SECTION IV

Les effets de la responsabilité hospitalière

L'administration publique, à la différence des particuliers, exerce en vertu de ses droits exorbitants du droit commun une activité empreinte d'une certaine indépendance. Hauriou a très bien montré comment cette indépendance de l'administration se manifeste non seulement vis-à-vis des administrés, mais même vis-à-vis de la loi et des règlements, conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs. Le contrôle juridictionnel n'intervient qu'à posteriori. L'administration n'a besoin d'aucune autorisation de justice pour passer de la décision à l'exécution.

Ce principe d'indépendance a pour effet que l'administration ne peut être obligée, à la requête des particuliers, à revenir sur l'acte accompli, même s'il crée un dommage. Elle ne peut être condamnée à exécuter un autre acte qui supprimerait le dommage ou à remettre les choses en l'état. Les tribunaux administratifs ne peuvent ordonner à l'administration d'exécuter ou de ne pas exécuter un acte rentrant dans ses droits de puissance publique. L'administration reste juge de l'opportunité de pareil-

(27) Voir Section II, § 1, *in-fine*.

les mesures. Toute condamnation à des obligations de faire constituerait un empiètement illégal de la juridiction administrative sur l'administration active (28).

L'effet de la responsabilité administrative ne peut donc consister qu'en un dédommagement sous forme d'indemnité. Le voisin de l'établissement hospitalier subit-il un dommage exceptionnel du fait de la construction d'un laboratoire répandant de mauvaises odeurs sur son terrain, il ne pourra pas exiger la suppression de ce service, mais tout au plus demander une indemnité adéquate pour la moins-value qui en résulte pour son fonds. Le malade qui subit un dommage du fait que le règlement de l'établissement ne prévoit dans une station d'aliénés qu'un personnel de garde insuffisant ne peut exiger en justice la modification du règlement insuffisant, mais seulement demander une indemnité au cas où un dommage résulte pour lui de cet état de choses inacceptable, etc., etc...

Mais comment se déterminera cette indemnité ? Le Conseil d'Etat, en ce qui concerne la fixation des indemnités, a refusé de s'enfermer dans des principes rigides. Il arbitre le quantum des dommages-intérêts avec une liberté absolue. Le but de la responsabilité administrative n'est pas, d'ailleurs, la sanction de la faute de l'administration. La meilleure preuve en est que le ressentiment de la victime ne saurait en aucun cas motiver l'allocation d'une indemnité. Il s'agit exclusivement d'indemniser équitablement la victime du dommage qu'elle a subi. Si de nombreux auteurs ont mis à la base de la responsabilité administrative le principe de l'égalité devant les charges publiques, c'est qu'ils ont constaté que ce principe, basé sur l'équité lui-même, convenait à toutes les hypothèses, dans lesquelles interviennent les arrêts du Conseil d'Etat.

(28) C'est ce que M. Duez exprime en disant : « La règle politique de l'indépendance de l'administrateur actif vis-à-vis du juge, quel qu'il soit, s'oppose à ce que ce dernier puisse adresser des injonctions à cet administrateur.

« Et de cette règle certaine découlent les conséquences suivantes : 1° le juge ne pourra pas ordonner de réparations en nature, parce que cela suppose justement l'injonction défendue ; 2° le juge ne pourra pas davantage prescrire des mesures propres à faire cesser le dommage dans l'avenir ; 3° pour la même raison, le juge ne peut pas prononcer d'astreinte contre l'administration : l'astreinte est une injonction indirecte, déguisée. »

Le quantum des indemnités résulte de l'appréciation souveraine de ces tribunaux, c'est-à-dire de l'opinion qu'ils se forment, en équité, de la gravité du dommage, sans tenir compte dans la même mesure que les tribunaux ordinaires de la gravité de la faute.

CHAPITRE V

LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE

En passant sur la question de procédure qui n'offre aucune particularité en matière hospitalière, nous aurons à étudier trois questions : la compétence juridictionnelle, la forme des recours, les voies d'exécution.

SECTION I

La compétence juridictionnelle

La compétence est intimement liée à l'organisation administrative et s'impose par conséquent à l'administration autant qu'aux personnes agissant en responsabilité contre elle. Elle est en dehors de la convention. Nous avons, cependant, souligné que dans une certaine mesure l'administration peut elle-même, dans l'état actuel de la jurisprudence, déterminer la compétence, soit administrative soit judiciaire, en insérant dans ses cahiers des charges relatifs aux fournitures intéressant le service des clauses exorbitantes du droit commun. De même, elle peut, parfois, adopter les modes du droit privé. Mais à part ces exceptions, le principe du caractère obligatoire et d'ordre public de la compétence administrative est irréfragable.

Le tableau des compétences peut donc être dressé d'une manière précise. Rappelons que la compétence juridictionnelle administrative est justifiée chaque fois qu'il y a des principes propres au droit administratif et exorbitant du droit commun, c'est-

à-dire des droits de puissance publique à appliquer, la sauvegarde de ces principes et de ces droits constituant, précisément, l'un des principaux rôles de la juridiction administrative. Mais en matière contractuelle cette sauvegarde ne s'impose pas avec la même nécessité qu'en matière non contractuelle.

§ 1. — En matière non contractuelle

Le principe de la responsabilité administrative des établissements hospitaliers a été expressément consacré par le Conseil d'Etat. Les réclamations qui s'élèvent à l'occasion des dommages causés par le service public hospitalier sont de la compétence exclusive des tribunaux administratifs. Le principe est acquis.

Mais si le principe s'énonce simplement, ses limites sont très discutées. L'hôpital qui cause un préjudice à l'indigent admis soit en vertu de la loi du 7-8-1851, soit en vertu de celle du 15-7-93, etc., ne peut certainement, pour ce dommage, être attaqué que devant les tribunaux administratifs. Mais la discussion subsiste toujours pour les clients admis en dehors de la loi. Un arrêt de la Cour de Cassation du 19-3-1935 (affaire Sommer) a déclaré l'incompétence des tribunaux ordinaires dans les actions en responsabilité intentées par les assurés sociaux admis dans les hôpitaux. La Cour de Colmar avait décidé le contraire en partant du principe, rejeté par la Cour de Cassation, que les hospices concluent avec les malades payants, et notamment avec les assurés sociaux, des contrats de droit privé.

Nous ne voyons, quant à la compétence, aucune différence entre les services d'indigents, d'assurés sociaux et de malades payants. Du moment qu'il s'agit de dommages causés par le mauvais fonctionnement d'un service public hospitalier régulièrement organisé, c'est-à-dire réglementé — le service de payants est un service public — seuls les tribunaux administratifs peuvent connaître des actions intentées contre l'administration hospitalière.

Par contre, si ces conditions ne sont pas remplies, nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la compétence des tribunaux ordinaires.

1° Tel est le cas, d'abord, si le service n'a pas été réglementé : par exemple, si un malade payant est admis dans un service nouveau, sans que les conditions de pareille admission aient été arrêtées dans le règlement. Dans ce cas, il y a contrat, car il n'existe pas de règlement tacite. Ce contrat, suivant nous, s'analyse en une convention de droit privé, dont ne peuvent connaître que les tribunaux ordinaires.

2° Tel sera le cas, également, dans un service réglementé, si l'agent a commis une faute personnelle qui n'est pas, en même temps, une faute de service. Seuls les tribunaux ordinaires auront à apprécier les suites qu'entraînera cet acte (1).

3° Tel est, ensuite, le cas lorsqu'un dommage résulte de l'activité exercée par l'établissement hospitalier à l'occasion de son domaine privé. L'action en responsabilité intentée contre l'administration hospitalière à raison du dommage causé par un travail intéressant ses immeubles locatifs ou, en général, du fait des choses faisant partie du domaine privé et non affectés au service, est du ressort exclusif des tribunaux ordinaires.

4° Tel est, de même, le cas des actions en dommages-intérêts intentées par les victimes de l'activité des services publics industriels de l'administration hospitalière, notamment de l'activité des ateliers de l'hôpital, travaillant pour une clientèle. Au demeurant, nous rappelons que cette situation est tout à fait exceptionelle à l'hôpital, étant donné le caractère accessoire et non commercial de la plupart de ces services.

5° Enfin, toutes les réclamations ayant leur cause dans une atteinte, par l'administration, à la liberté individuelle des usagers et des tiers, sont de la compétence des tribunaux ordinaires.

L'art. 29 de la loi du 30 juin 1838 l'a expressément confirmé dans la matière du placement d'office des aliénés ordonné par le

(1) Notons, cependant, l'âpre résistance qu'exerce en cette matière la chambre correctionnelle de la Cour de cassation, qui, en dépit de la ferme attitude du Tribunal des Conflits, persiste à condamner l'administration hospitalière comme civilement responsable des suites dommageables des fautes pénales de ses agents, solution contraire au principe de la séparation des pouvoirs (voir *supra*, jurisprudence citée). Le Tribunal des conflits a expressément jugé (14-1-35, S. 1935-3-17) que la faute pénale commise par un fonctionnaire à l'occasion de ses fonctions, ne constitue pas forcément une faute de service et ne donne donc pas nécessairement lieu à la responsabilité de l'administration.

Préfet. Le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître de la régularité des placements ordonnés par le Préfet ; il ne peut statuer que sur la régularité des formes imposées par la loi pour ces placements (2).

Mais, en dehors des textes, le principe a une portée plus générale. Les libertés individuelles, garanties par la Constitution, sont en dehors des pouvoirs de l'administration et doivent en tout état de cause être respectées par elle. L'atteinte à ces libertés constitue une véritable usurpation de pouvoir, usurpation qui — nous le reppelons — entraîne nécessairement la compétence exclusive des tribunaux ordinaires pour toutes réclamations auxquelles elle peut donner lieu.

6° La Cour de Cassation est allée bien plus loin encore, en décidant que l'administration est toujours civilement responsable dans les termes du droit commun pour les auxiliaires qu'elle engage suivant les conditions du droit privé. Mais cette solution est contestable (3).

Il n'y a aucune nécessité logique de conclure de la nature du contrat de louage de service à l'application de l'article 1384 du Code Civil.

Les raisons par lesquelles s'explique l'inapplication de l'art. 1384 en matière de dommages causés par les fonctionnaires valent avec la même force en matière de dommages causés par les auxiliaires engagés par voie de contrat privé.

Le Conseil d'Etat ne distingue pas, au point de vue de la responsabilité de l'administration envers les tiers, suivant que le dommage a été causé par un fonctionnaire ou un autre agent de l'administration.

Les tribunaux judiciaires ne peuvent donc tirer aucun argument logique de la qualité de l'agent de l'administration, pour justifier leur compétence dans les réclamations présentées par des tiers contre l'administration elle-même. L'arrêt précité de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 30-3-1933 viole le principe de la séparation des pouvoirs.

L'on voit combien peut être délicate en matière non con-

(2) Voir C.E. 16-12-1881, R. p. 980; 21-7-1912, D.P. 1913-3-131 ; 26-12-1923, G.P. 1924-1-287 ; 9-3-1929, G.P. 1929-1-795, cités par M. Appleton, p. 145.
(3) Voir la note de M. Appleton sous Cass. 30-3-33, D. 34-1-165.

tractuelle la distinction entre la compétence judiciaire et la compétence administrative.

La situation n'est guère moins complexe en matière contractuelle.

§ 2. — En matière contractuelle

Rappelons qu'il y a des actes civils par nature et d'autres qui le sont par la volonté de l'administration. D'autres, enfin, sont administratifs par nature.

I. — Le contentieux des *actes civils par nature* qu'accomplit l'administration hospitalière appartient évidemment à la juridiction ordinaire. Ce sont les actes que l'administration exécute en vertu de ses droits de personne privée. Ils sont relatifs au domaine privé de l'administration ou à l'engagement du personne auxiliaire : actes d'aliénation, d'acquisition d'immeubles, baux à loyer ou à ferme, actes d'hypothèques, de servitudes, marchés de travaux et fournitures pour les immeubles autres que ceux affectés au service (immeubles locatifs, forêts, terres), engagement de bonnes, garçons de salle, etc., ainsi que les difficultés auxquelles peut donner lieu leur état.

Notons que la forme administrative ne saurait changer la nature privée de ces actes, dont le contentieux échapperait à la juridiction administrative même s'ils étaient accomplis en vue du service public proprement dit, notamment, à l'occasion d'un immeuble affecté ou à affecter au service administratif.

II. — C'est ce qui les distingue des actes qui sont de la compétence civile en vertu d'un *choix exercé par l'administration.* Ce sont les marchés de travaux et fournitures relatifs aux besoins du service public hospitalier, pour lesquels l'administration n'a pas inséré au cahier des charges de clauses exorbitantes au droit commun, c'est-à-dire de clauses réservant à l'administration des droits n'ayant pas leur analogue dans les rapports entre les particuliers.

Ce sera généralement le cas pour les fournitures de matières premières, de denrées alimentaires, de tissus, etc., et pour

les menus travaux d'entretien commandés sans qu'un cahier des charges soit établi, ou sans que le cahier des charges prévoie autre chose que des conditions conciliables avec le droit commun.

Là aussi la forme de l'acte ne joue aucun rôle. L'existence d'un cahier des charges ne constitue nullement un indice suffisant pour conclure au caractère exorbitant du marché, c'est-à-dire à son caractère administratif. Le contenu seul importe. « Le moyen employé (gestion privée ou gestion publique) se révèle à posteriori par l'analyse, et non à priori » (4).

III. — Enfin, les *contrats administratifs* sont ceux dont, en vertu de leur nature même, c'est-à-dire du caractère exorbitant des clauses qu'ils comportent, le contentieux est soustrait à la compétence des tribunaux ordinaires. L'exemple typique, c'est le marché de travaux publics.

Remarquons encore que, quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat envisagé, la compétence civile sera toujours et exclusivement donnée en cas d'usurpation de pouvoir ou de conséquences d'usurpation de pouvoir et de voie de fait, et en cas de faute personnelle exclusive de l'agent, étant entendu que, dans ce cas, l'administration ne pourra être attaquée comme civilement responsable devant la juridiction ordinaire, même pénale, malgré l'avis contraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ce tableau rapidement brossé laisse subsister une question importante, à laquelle nous allons immédiatement répondre : celle de la répartition du contentieux administratif entre le Conseil d'Etat et le Conseil de Préfecture.

SECTION II

Les compétences respectives du Conseil d'Etat et des Conseils interdépartementaux de Préfecture

Jusqu'au décret du 5 mars 1934, le Conseil de Préfecture n'était compétent en matière de responsabilité, en ce qui con-

(4) Lahillonne, thèse précitée, p. 128.

cernait plus particulièrement les établissements hospitaliers, que pour les contestations relatives aux travaux publics et aux dommages causés par ces travaux aux tiers (5).

Ledit décret a considérablement élargi sa compétence : Il connaît aujourd'hui :

1° des contestations en matière de travaux publics (Loi du 28 Pluviôse An VIII) ;

2° en matière d'annulation pour excès de pouvoir, des litiges relatifs à la nomination, à l'avancement, etc., des agents de l'administration hospitalière, sauf ceux qui sont engagés par contrat privé, mais seulement dans la mesure où il s'agit de mesures individuelles et non de mesures réglementaires. Le Conseil d'Etat reste compétent pour toutes autres mesures ;

3° en matière de pleine juridiction,

a) des réclamations dirigées contre les établissements publics hospitaliers en réparation des dommages causés par le service public hospitalier,

b) des litiges relatifs au personnel dans la même mesure que sous 2°, en tant qu'il s'agit de l'allocation d'indemnités, c'est-à-dire les actes réglementaires exclus,

c) des litiges relatifs aux contrats administratifs passés par l'administration hospitalière.

Cette énumération des attributions du Conseil interdépartemental de Préfecture est limitative. Tous les litiges, qui n'y sont pas prévus, restent de la compétence du Conseil d'Etat, qui n'a pas cessé d'être le juge de droit commun en matière administrative.

Mais il ressort de cette énumération, qu'en fait, la quasi-totalité du contentieux de l'indemnité intéressant les établissements publics hospitaliers appartient aujourd'hui aux Conseils interdépartementaux de Préfecture.

Soulignons, au demeurant, que ces conseils ne statuent qu'en 1^er^ ressort, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat.

(5) Loi du 28 Pluviôse An VIII, art. 4.

Après avoir ainsi déterminé les hypothèses, dans lequelles l'administration encourt une responsabilité dont la connaissance est soustraite aux tribunaux ordinaires, contentons-nous de renvoyer pour les autres aux principes du droit privé.

SECTION III

Les recours

Il semblerait à première vue que, pour agir en responsabilité contre l'administration hospitalière dans le cas où la compétence administrative est donnée, il n'y ait qu'un seul recours à la disposition de la personne qui prend l'initiative de l'action juridictionnelle : le recours de pleine juridiction ou recours en indemnité. Ce n'est pas tout à fait exact. Sans doute, pour obtenir une condamnation pécuniaire de l'administration, est-il indispensable d'agir par cette voie de recours. Mais la condamnation pécuniaire est-elle toujours nécessaire ? L'administration est astreinte à une certaine moralité et notamment à celle qui consiste à agir spontanément suivant ce qu'elle reconnaît être son devoir.

Généralement, l'administration s'exécute si elle admet ou est obligée d'admettre le principe de la responsabilité. Son prestige lui impose de prévenir l'intervention juridictionnelle, dès lors qu'elle ne peut contester sa responsabilité.

Or, admettons que le fait dommageable soit accompli par l'administration en exécution d'une décision individuelle prise par l'organe compétent et que le particulier, qui subit un dommage, arrive à faire annuler l'acte. Fréquemment, cette annulation entraînera en principe la responsabilité de l'administration. Si la matérialité du dommage ne soulève pas de difficultés, la victime n'a pas intérêt, dans ces cas, à suivre la procédure coûteuse du recours de pleine juridiction — le ministère d'avocat y est indispensable, du moins devant le Conseil d'Etat — ; elle peut se contenter de faire établir le principe de la responsabi-

lité en déférant la décision elle-même au tribunal compétent pour excès de pouvoir. Le principe établi, elle discutera avec l'administration le montant de l'indemnité.

Dans certains cas d'ailleurs, l'annulation entraînera elle-même, automatiquement, des conséquences pécuniaires : rappelons, en effet, que le Conseil d'Etat admet aujourd'hui des recours en annulation, même si l'annulation entraîne directement un effet pécuniaire en faveur de la victime (6).

Hormis ce cas, l'annulation de l'acte irrégulier — nous l'avons vu — est le préambule obligé du recours en indemnité, dans tous les cas où l'excès de pouvoir constitue une faute de service.

En matière non contractuelle, le recours en excès de pouvoir est donc susceptible de jouer un rôle très important au point de vue de la responsabilité de l'administration. Il est irrecevable, nous le savons, en matière contractuelle (7).

Nous nous contentons d'avoir rendu attentif à la valeur du recours en excès de pouvoir au point de vue de la responsabilité. Nos développements ultérieurs seront réservés au recours qui vise directement le dédommagement, le recours en indemnité. Quelles sont les formes de ce recours ?

La liaison du contentieux n'a pas lieu sous la même forme suivant que l'instance se déroule devant le Conseil d'Etat ou devant le Conseil interdépartemental de Préfecture. Devant le Conseil d'Etat, l'exigence d'une décision préalable de l'administration hospitalière, c'est-à-dire de la commission administrative, oblige la personne, qui agit, à provoquer d'abord pareille décision. Sans doute, le contentieux de pleine juridiction n'est-il pas un contentieux contre l'acte, mais un contentieux ne tendant qu'à l'indemnité, mais cela n'empêche que, pour lier l'instance avec l'administration, il faut une décision de l'administration marquant la volonté de celle-ci de ne pas donner suite à la demande de l'intéressé.

L'intéressé qui omettrait de provoquer d'abord une décision de la Commission administrative dans une affaire qu'il se pro-

(6) Voir C.E. « Lafage », 8-3-1912, R. p. 353, Blanc, Argaing et Bézie, précités.

(7) C.E. 8-11-1935, G.P. 1935, p. 789, avec note.

pose d'intenter serait déclaré irrecevable par le Conseil d'Etat (8). Remarquons qu'il ne suffirait pas de provoquer une décision d'un agent quelconque de l'administration hospitalière ou de l'autorité de tutelle. Seule la Commission Administrative de l'établissement hospitalier a qualité pour prendre une décision susceptible de lier valablement l'instance devant le Conseil d'Etat.

Le recours devra être enregistré dans les deux mois qui suivent la notification de la décision, ou de la date à partir de laquelle l'intéressé en a eu connaissance.

Notons que, depuis la loi du 17 juillet 1900, « lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat », sans être d'ailleurs tenues à un nouveau délai de forclusion. La décision implicite de rejet permet à l'intéressé d'agir contre l'administration négligente ou mal intentionnée à son égard.

Il n'en est pas de même devant le Conseil interdépartemental de Préfecture. Pour agir devant ce Conseil, point n'est besoin de décisions préalablement prises par la Commission Administrative.

Or, rappelons que, depuis le décret du 5-5-34, les Conseils interdépartementaux de Préfecture connaissent de la totalité du contentieux de pleine juridiction relatif aux dommages imputés aux établissements publics hospitaliers. Ils statuent en premier ressort, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat. L'exigence d'une décision préalable en matière de contentieux hospitalier de pleine juridiction est donc pratiquement supprimée.

La conséquence essentielle qu'il importe de tirer de cette situation créée par le décret du 5-5-34 c'est que les recours de pleine juridiction contre les établissements hospitaliers, dont connaissent les Conseils interdépartementaux de préfecture (9), ne tombent pas sous le délai très bref de forclusion, dans lequel sont enfermés les recours intentés devant le Conseil d'Etat.

(8) Voir affaire Département de la Mayenne, C.E. 30-5-1905.

(9) Sauf ceux qui sont présentés par les agents en matière de décisions individuelles.

L'action des intéressés n'est limitée que par la prescription trentenaire du droit commun, alors que pour le recours en excès de pouvoir, dont connaissent les Conseils interdépartementaux de préfecture, le délai de deux mois a été expressément introduit par ledit décret, avec cette originalité, d'ailleurs, qu'il court également en cas de décision implicite de rejet, c'est-à-dire après l'écoulement d'un délai de quatre mois suivant le jour où l'intéressé a signifié sa demande à l'administration.

Devant le Conseil d'Etat, les recours à fin d'indemnité doivent être présentés par les avocats du Conseil d'Etat. Devant les Conseils interdépartementaux de préfecture, le ministère des avocats n'est pas obligatoire. Enfin, tous les arrêtés des Conseils interdépartementaux de préfecture sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat, dans le délai de deux mois à partir de la notification.

Notons, en terminant, que, même en matière judiciaire, les instances des établissements publics sont dispensées de la formalité du mémoire préalable (10), l'article 3 de la loi du 8 janvier 1905 ne contenant aucune référence à l'article 124 de la loi du 5 avril 1884 instituant cette formalité pour les actions judiciaires intentées contre les communes.

SECTION IV

L'exécution des décisions juridictionnelles contre l'administration hospitalière

Les voies d'exécution forcée du droit commun ne sont pas plus applicables à l'encontre de l'administration hospitalière qu'à l'encontre de l'Etat et des autres personnes du droit public.

Le mode d'exécution spécial qui consiste dans la vente d'un bien appartenant à la commune, ordonnée par décret sur la demande du créancier (11) est-il applicable aux établissements

(10) Cass. 11-5-1910, D.P. 1911-1-281.
(11) Article 110 de la loi du 5-4-84.

publics hospitaliers ? Nous ne le croyons pas. L'insaisissabilité étant le principe, l'exception créée par le texte précité est de droit étroit ; elle ne s'applique qu'aux communes.

Les particuliers qui ont obtenu gain de cause devant un tribunal administratif — ou autre, d'ailleurs, — et qui se heurtent à la réticence d'une commission administrative mal intentionnée à leur égard, vont-ils être sans droits envers l'établissement public considéré ?

Non. Les dettes, dont le montant résulte d'un jugement ou arrêt passé en force de chose jugée, constituent des dépenses obligatoires dont l'inscription au budget peut être décidée d'office par l'autorité de tutelle. L'excuse du défaut de crédits disponibles ne saurait faire obstacle au paiement. L'autorité supérieure sera toujours suffisamment forte pour assurer l'exécution (12).

Remarquons que le Conseil d'Etat s'efforce de restreindre au minimum les conséquences de l'inapplication des voies d'exécution de droit commun à l'administration, en décidant que tout refus d'exécuter constitue un excès de pouvoir (13).

⁂

Soulignons, en terminant ce titre, que la responsabilité de l'établissement public hospitalier nous est apparue comme la sanction de la mauvaise gestion, de la faute.

Or, l'appréciation de la faute est une question d'espèce, la faute s'appréciant eu égard aux circonstances de fait.

Toutefois, il est un cas dans lequel la mauvaise gestion se reconnaît à première vue, d'une manière automatique, parce qu'elle consiste dans la contravention à une prescription, à une obligation formulée d'une manière précise et incontestable : la violation de la règle de droit.

Dans quelle mesure la violation de la réglementation législative et administrative entraîne-t-elle la responsabilité de l'établissement public hospitalier ?

L'étude de ce cas particulier constituera l'objet des développements qui vont suivre.

(12) Voir Hauriou, 11e édition, p. 66, note.
(13) Voir Alibert, *op. cit.*, p. 304.

TITRE II

LA RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DE LA RÈGLE DE DROIT

L'activité des établissements publics hospitaliers est cantonnée dans un domaine limité par toute une série de prescriptions et de défenses, notamment par la règlementation impérative, indépendante de son initiative, c'est-à-dire extérieure à sa spécialité.

L'obligation appelle une responsabilité augmentée. Le propre de la responsabilité n'est-il pas de naître dans l'irrégularité, dans l'illégalité, dans la contravention !

Pour caractériser la relation existant entre la liberté d'action et la responsabilité, il suffit de constater que le respect de l'obligation éloigne la responsabilité, tandis que l'irrespect de l'obligation l'attire.

Le manque de droits ne constitue une limite à la responsabilité que dans la mesure où il s'accompagne de l'impossibilité matérielle d'accomplir l'acte. Par contre, la responsabilité s'aggrave, si l'acte interdit, mais matériellement susceptible d'être accompli, est consommé en contravention à l'interdiction.

L'étude de la responsabilité pour violation de la règle de droit comporte deux questions :

1° Dans quelle mesure l'inexécution ou l'inobservation de la règlementation impérative entraîne-t-elle la responsabilité

de l'établissement ? Notamment, des raisons d'opportunité peuvent-elles justifier l'irresponsabilité ?

2° L'établissement peut-il être rendu responsable des suites dommageables résultant de la règlementation législative administrative qui s'impose à lui d'une manière impérative, tel un fait extérieur ?

CHAPITRE VI

LES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DE LA RÈGLE DE DROIT QUANT A LA RESPONSABILITÉ

En matière de lois et de règlements s'imposant à l'établissement public hospitalier, l'irresponsabilité présuppose la soumission. Par contre, l'initiative appelle la responsabilité et l'initiative illégale engendre une responsabilité aggravée.

La contravention est susceptible de degrés. Mais en dernière analyse elle se ramène à deux types : l'usurpation de pouvoir et l'excès de pouvoir.

Qu'il s'agisse d'infractions à la règle de spécialité ou de contraventions aux interdictions et aux prescriptions législatives ou règlementaires, toujours il y a soit usurpation, soit excès de pouvoir.

Au point de vue de la responsabilité, la distinction entre ces deux espèces de l'irrégularité est capitale. Nous allons la préciser.

SECTION I

L'usurpation de pouvoir, cause de responsabilité

§ 1. — La définition de l'usurpation.

Plus on élargit la notion d'usurpation de pouvoir, plus on rétrécit celle d'excès de pouvoir. Ne cherchons pas une définition précise de l'usurpation dans la jurisprudence. Le droit

mouvant qu'édifie le Conseil d'Etat à la manière du préteur de l'ancienne Rome s'accommode mal de la rigidité des définitions abstraites et des distinctions et l'on comprend que le Conseil d'Etat ne se soit pas lié par une définition précise de l'usurpation de pouvoir.

C'est ce qui explique le désaccord des auteurs.

Laferrière et Berthélemy donnent la définition la plus étroite (1) : Il y a usurpation de pouvoir « si l'acte est accompli par une personne dépourvue de toute autorité ». Laferrière avait précisé cette notion de la personne dépourvue de toute autorité en énumérant les principales catégories : personne « placée en dehors de la hiérarchie administrative » ou qui « y remplit des fonctions qui ne lui confèrent aucun droit de décision », ou qui « a cessé, par révocation, expiration de mandat ou autrement, d'exercer les pouvoirs qui lui avaient appartenus ».

Ces définitions tiennent compte de la distinction, défendue par les deux auteurs, entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion, distinction abandonnée par le Conseil d'Etat.

Hauriou et M. Alibert (2) élargissent la notion en y ajoutant les actes qui portent atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et en y comprenant les empiétements de l'autorité exécutive sur l'organe délibérant et vice versa (distinction d'ailleurs inopérante en matière hospitalière) et les empiétements de l'administration active sur la juridiction administrative.

Hauriou a construit la théorie la plus large en assimilant l'usurpation du pouvoir à la voie de fait, c'est-à-dire en y englobant le manque de procédure obligatoire.

Ainsi, il met en opposition l'usurpation de pouvoir, non seulement avec l'incompétence, mais même avec le vice de forme. Mais il omet de tracer la limite entre l'usurpation de pouvoir et l'excès de pouvoir pour vice de forme. Cette distinction, en vérité, est des plus incertaines. Il faut, pour que

(1) Berthélemy, p. 1136.

(2) Alibert « Le contrôle juridictionnel de l'Administration par le recours pour excès de pouvoir », page 193.

selon lui il y aît usurpation de pouvoir, une violation des formes particulièrement grave, par exemple l'absence de procédure complète, alors que la procédure était prescrite de façon impérative.

En matière d'activité hospitalière, en s'inspirant de ces règles, il faudrait supposer, par exemple, qu'elle intervient en dehors de toute autorisation. Ainsi, la commission administrative ne peut demander l'expropriation pour cause d'utilité publique que par l'intermédiaire de l'administration municipale. Si, sans suivre la procédure, la commission administrative occupait un bien appartenant à autrui, le manque de procédure constituerait une usurpation de pouvoirs, malgré le droit qu'avait l'administration d'acquérir ce bien. L'administration qui, sans avoir pris une délibération réglementaire, modifierait d'un jour à l'autre d'une manière grave la situation de ses malades, garantie par un règlement existant, commettrait également — suivant Hauriou — une voie de fait ou usurpation de pouvoir.

Nous estimons qu'il n'y a aucun intérêt à étendre en matière de procédure la notion de l'usurpation de pouvoir.

La distinction, d'abord, de l'absence totale de forme et du vice de forme est fuyante et vague, c'est une question d'espèce rebelle à la rigidité des principes. Mais, surtout, le défaut complet de procédure se ramène dans les cas les plus fréquents à l'incompétence de l'organe. Ainsi, le défaut de délibération réglementaire se réduit à l'incompétence de l'agent, qui ne pouvait agir à défaut de règlement et qui commet un excès de pouvoir. L'occupation d'un bien sans expropriation constitue également un acte d'incompétence.

Du moment qu'un organe administratif est compétent pour agir, nous estimons que le vice de forme ne suffirait pas pour rendre inexistant son acte. Le vice de forme constitue un simple excès de pouvoir. Seule, l'incompétence absolue (voir les cas susénumérés) peut constituer l'usurpation de pouvoir.

Les effets de l'usurpation de pouvoir sur la responsabilité sont tels qu'il importe d'entourer d'une circonspection toute particulière l'extension de cette notion. Nous allons le constater maintenant.

§ 2. — Les effets de l'usurpation de pouvoir quant a la responsabilité.

L'acte d'usurpation, qu'il soit du domaine de la délibération ou de l'exécution, n'est ni annulable, ni nul. Il est radicalement inexistant. Ce n'est pas un acte administratif. Les dommages qu'entraînent les agissements d'usurpation de pouvoir se règlent suivant les principes des articles 1382 et suivants du Code civil et devant les tribunaux ordinaires. Les tribunaux administratifs ne peuvent être saisis, en principe, de recours en annulation, en raison de l'inexistence de ces actes.

Toutefois, l'extension de la notion d'usurpation de pouvoir a fait apparaître des situations dans lesquelles le particulier a un intérêt évident, en raison même des prérogatives de puissance publique de l'administration et, notamment, de son droit d'action d'office, à faire annuler l'acte d'usurpation, c'est-à-dire à faire affirmer en justice son inexistence. Le Conseil d'Etat, soucieux d'assurer aux particuliers une protection efficace contre les abus de pouvoir de l'administration, n'a pas hésité dans ces hypothèses exceptionnelles à recevoir leurs réclamations dans la voie du recours pour excès de pouvoir (3) et à déclarer la nullité.

Mais l'usurpation de pouvoir, œuvre de l'organe, engage-t-elle la responsabilité de l'administration dans les termes du droit commun ? L'acte d'usurpation est de ceux que l'administration ne saurait accomplir, parce qu'il ne rentre pas dans ses attributions. Or, les tribunaux administratifs, juridictions spéciales, ne sauraient connaître des litiges qui ne mettent pas en cause la puissance publique. Les tribunaux de droit commun, c'est-à-dire les tribunaux judiciaires, peuvent donc seuls être saisis des litiges qu'entraînent les actes d'usurpation de pouvoir.

Ces actes constituent, le plus souvent, des faits personnels des organes et des agents, qui demeurent personnellement responsables de leurs suites.

(3) Voir Alibert, *op. cit.*, p. 194 et C.E. 10-1-1908, Lebon, p. 9.

Faut-il en conclure que l'administration pourra être rendue responsable dans les termes de l'art. 1384 du Code civil en qualité de commettant ?

A notre sens, les tribunaux ordinaires, seuls compétents, devraient s'inspirer de la nature véritable des relations se formant entre la personne morale administrative et ses agents, relations qui ne s'analysent pas dans un rapport de commettant à préposé, mais dans un rapport original, propre au droit pubic, qui détermine, au point de vue de la responsabilité, la distinction entre la faute personnelle de l'agent et la faute de service. Ils devraient renoncer à l'application de l'art. 1384 du Code civil. Certes, cela reviendrait à transposer dans la jurisprudence judiciaire le droit prétorien construit par le Conseil d'Etat, et l'on sait combien la Cour de Cassation, jalouse de l'exégèse de la loi écrite, reste hostile aux constructions prétoriennes. Mais n'a-t-elle pas d'ores et déjà, dans le domaine de la compétence, accepté la non-application à l'administration de l'art. 1384 du Code civil !

Les tribunaux judiciaires en sont restés là. Ils n'ont pu empêcher que les tribunaux administratifs appliquent la théorie de la faute de service, mais ils refusent de l'appliquer à leur tour. Dès lors qu'il leur appartient de prononcer eux-mêmes la responsabilité de l'administration, ils appliquent purement et simplement l'art. 1384.

Concluons-en qu'en l'état actuel de la jurisprudence, l'administration subit, en matière d'usurpation de pouvoir, une responsabilité aggravée par le fait qu'elle est traitée, à l'égard de ses agents, comme un commettant.

En compensation, d'ailleurs, il faut en déduire qu'elle peut, dans ces cas, exercer contre ses agents un recours dans les termes du droit commun devant les tribunaux ordinaires, recours dont elle ne disposerait pas en matière de responsabilité pour faute de service.

SECTION II

L'excès de pouvoir, cause de responsabilité

L'excès de pouvoir a un domaine d'application bien plus vaste que l'usurpation de pouvoirs, puisque, constituant une faute moins évidente, il est commis, en fait, bien plus souvent.

Pourtant, tandis que l'usurpation de pouvoirs peut être commise sans qu'une décision intervienne, l'excès de pouvoir suppose toujours une décision de l'administration.

Cela ne veut pas dire, cependant, que le recours en excès de pouvoir ne puisse être intenté à l'occasion d'un fait d'exécution. Seulement, il ne peut l'être, dans ce cas, qu'à la condition que l'intéressé ait obtenu une décision implicite ou explicite de rejet de ses prétentions, confirmant l'agissement d'exécution.

D'ailleurs, la nécessité d'une décision en matière d'excès de pouvoir s'explique uniquement par les besoins de la procédure, l'excès de pouvoir ne pouvant être invoqué que dans la forme d'un recours contre l'acte, alors que l'usurpation de pouvoir, par définition, n'entraîne aucune procédure.

Avant de déterminer les conséquences de l'excès de pouvoir quant à la responsabilité, précisons en quelques mots la notion même.

§ 1. — La définition de l'excès de pouvoir

Nous n'avons ni la prétention, ni le loisir d'exposer la théorie du recours en excès de pouvoir. Nous renvoyons aux études qui ont été faites par Hauriou, M. Alibert, M. Appleton, etc..., tout en restreignant nos explications au minimum indispensable pour rendre intelligibles les conclusions que nous aurons à dégager quant à la responsabilité de l'administration hospitalière.

Dans le système actuel du Conseil d'Etat, toute violation

d'une règle de droit faite par l'administration constitue un excès de pouvoir (4).

Pour mettre à néant l'acte entaché d'excès de pouvoir, le particulier peut invoquer quatre moyens différents, quatre ouvertures à recours : l'incompétence, la violation des formes, la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Le recours n'est d'ailleurs recevable qu'en matière non contractuelle, en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (5).

Nous avons déjà dit un mot de l'incompétence en parlant de l'usurpation de pouvoir. L'acte fait en violation de la compétence est celui qui est accompli sans pouvoir, ce pouvoir n'appartenant qu'à un autre service de l'administration.

La violation des formes prescrites n'appelle aucune explication. Le terme est suffisamment explicite par lui-même. Elle peut être totale ou partielle.

La violation de loi vise non seulement les actes accomplis en contravention à la loi elle-même, mais encore la violation des règlements administratifs, à l'exception des règlements purement intérieurs des assemblées et des circulaires et instructions ministérielles. Cependant, peuvent être attaqués les règlements des administrations décentralisées et les circulaires ministérielles prises en exécution d'un décret organique.

La violation de la chose jugée est assimilée à la violation de la loi.

Le détournement constitue la violation de l'esprit de la loi. Est atteint de détournement de pouvoir tout acte pris par une administration « pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service » (6).

Ainsi, les prescriptions réglementaires édictées par la commission administrative elle-même font partie de la légalité qu'elle est tenue d'observer. Nous trouverons de nombreuses applications de cette idée.

L'excès de pouvoir ne suppose pas nécessairement un acte

(4) M. Alibert s'exprime ainsi : « ...l'on doit regarder comme entaché d'excès de pouvoir tout acte qui est juridiquement critiquable », formule extrêmement compréhensive. On est bien loin de la formule employée autrefois : « violation de la loi et des droits acquis ».

(5) C.E. 8 novembre 1935, G.P. 1935, p. 789, avec la note de M. Alibert.

(6) C.E. 7 juillet 1916, Moreau, cité par Hauriou.

exécuté par l'agent. Il peut résulter d'une simple abstention, dès lors que le texte réglementaire prescrivait l'action. Ainsi, la commission administrative commet un excès de pouvoir en omettant d'organiser l'admission des enfants trouvés, quoique l'établissement ait été désigné par le Préfet en vertu de la loi du 27 juin 1904, pour servir de dépôt aux enfants trouvés.

En tout état de cause, l'excès de pouvoir suppose l'existence d'une prescription législative ou administrative impérative, explicite ou implicite.

Nous n'insistons pas sur les conditions de recevabilité du recours en excès de pouvoir, puisque, par hypothèse, nous avons dépassé le stade de l'annulation de la décision viciée — intervenue soit volontairement par l'administration, soit, avec autorité de chose jugée, par un tribunal administratif — et posé la question de la responsabilité.

§ 2. — Conséquences de l'excès de pouvoir quant a la responsabilité

Deux questions doivent être étudiées :

1° L'excès de pouvoir constitue-t-il une cause de responsabilité, indépendamment de la faute de service ?

2° Quelles sont les conditions de la responsabilité en cas d'excès de pouvoir ?

I. — *L'excès de pouvoir cause de responsabilité*

Duguit a estimé que l'excès de pouvoir, qui affecte une décision, suffit pour entraîner une responsabilité de l'administration. Il dit textuellement (7) : « S'il s'agit d'un acte juridique, la faute consiste essentiellement et exclusivement dans la violation de la loi qui détermine les pouvoirs de l'agent, ou, en d'autres termes, dans l'excès de pouvoir de l'agent ».

Pour lui, l'excès de pouvoir constitue toujours une faute susceptible d'entraîner la responsabilité.

(7) Traité de droit constitutionnel, III, p. 462.

Tel n'est pas l'avis de Hauriou, qui pose en principe : « l'excès de pouvoir, dans la décision exécutoire, ne constitue pas par lui-même un fait de service, mais il peut y avoir fait de service à exécuter une décision entachée d'excès de pouvoir » (8).

M. Delbez adopte ce point de vue qui cadre avec la distinction fondamentale du fait de service et de la faute personnelle, et qui est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il cite, à titre d'illustration, des arrêts qui montrent, que, même en matière de responsabilité pour mauvaise réglementation, c'est toujours à l'occasion de faits d'exécution que le Conseil d'Etat a accordé des indemnités (9).

En somme, selon Duguit, l'excès de pouvoir constitue la faute qui appelle la responsabilité, alors que, d'après Hauriou et M. Delbez, l'annulation pour excès de pouvoir ne constitue pas toujours une faute suffisante pour entraîner la responsabilité pécuniaire de l'administration.

Ce qui est certain, c'est que la solution préconisée par Hauriou a été consacrée par le Conseil d'Etat. Ne citons, parmi bien d'autres, qu'un seul arrêt rendu à l'occasion d'un recours intenté par un médecin non nommé par la commission administrative à la suite d'un concours (10)., arrêt dans lequel nous notons le « considérant » suivant :

« Considérant que l'erreur de droit qui entraîne l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir n'a pas pour conséquence nécessaire d'engager la responsabilité pécuniaire de la personne publique au nom de laquelle cet acte a été fait ».

Voilà qui est clair.

Mais cet arrêt fait, en même temps, apparaître la nécessité de compléter la règle posée par Hauriou. En effet, la décision peut, dans certains cas, faire grief indépendamment de toute exécution. Il est des décisions, notamment de la commission administrative, qui, suivant l'expression de M. Delbez, « portent leur exécution en elles-mêmes » (11).

(8) Précis 1927, p. 323.
(9) C.E. 23 juin 1916, 26 juillet 1918, S. 1918-3-41.
(10) C.E. 1er décembre 1922, R.E.B. 1923, p. 29.
(11) Page 451 de son article.

Il n'est pas difficile d'imaginer pareilles décisions faisant grief par elles-mêmes. Citons la délibération, par laquelle la Commission administrative, à la suite d'une soumission, adjuge un travail public à une maison qui n'a pas soumis l'offre au plus fort rabais, celle, par laquelle elle nomme un agent contrairement au rang d'ancienneté dont l'observation est obligatoirement prescrite par les statuts et celle par laquelle elle refuse d'admettre un malade nonobstant les termes formels de la loi.

Dans ces cas, à la vérité exceptionnels, les décisions se caractérisent par le fait qu'elles modifient des situations de droit en dehors de toute mesure d'exécution. Le plus souvent l'annulation de la décision par la voie de l'excès de pouvoir suffira pour donner satisfaction à la victime. Supprimer la décision faisant grief c'est supprimer, du moins pour l'avenir, le grief lui-même. Mais, même s'il reste un dommage, l'excès de pouvoir ne constitue pas nécessairement une cause de responsabilité. Seulement, il peut y avoir fait de service à prendre une décision entachée d'excès de pouvoir.

L'arrêt que nous venons de citer n'exclut pas a priori la responsabilité de l'administration pour avoir pris la décision, mais il illustre que, même dans ce cas, l'excès de pouvoir ne constitue pas nécessairement une cause de responsabilité.

Nous avons vu que l'excès de pouvoir n'entraîne pas nécessairement la responsabilité de l'administration. Mais, à quelles conditions l'entraîne-t-il ?

II. — *Conditions de la responsabilité en cas d'excès de pouvoir*

Ces conditions sont au nombre de trois :

1° il faut obtenir l'annulation de l'acte irrégulier ;

2° l'excès de pouvoir doit constituer une faute de service dans le sens de la théorie administrative de la responsaiblité ;

3° l'acte irrégulier, par son exécution, doit avoir causé un dommage.

Précisons ces trois conditions :

1° *Annulation de l'acte entaché d'excès de pouvoir*

Les auteurs ne sont pas d'accord quant à la nécessité, pour obtenir des dommages-intérêts, de faire annuler au préalable la décision entachée d'excès de pouvoir.

Faut-il commencer par faire annuler la décision viciée ?

Nous ne pouvons revenir en détail sur l'évolution de la question. Remarquons simplement que, longtemps, le Conseil d'Etat s'est refusé à admettre des recours en indemnité motivés par l'excès de pouvoir, alors que l'intéressé avait omis de faire annuler au préalable la décision irrégulière. La nécessité de l'annulation, spontanée ou par voie juridictionnelle, reste acquise, mais aujourd'hui ce n'est plus l'annulation de la mesure initiale du règlement entaché, qui est requise. Si le délai pour obtenir l'annulation de cette décision est passé, l'intéressé peut se contenter de requérir l'annulation des décisions individuelles d'exécution intervenues, tant qu'elles ne sont pas couvertes par le délai de forclusion du recours pour excès de pouvoir (12).

M. Delbez cite des cas de responsabilité, où, à première vue, il semblerait que le Conseil d'Etat ait accordé des indemnités à la suite de décisions administratives sans annuler ces décisions. Mais il explique très justement que, dans ces cas, ce n'est pas un excès de pouvoir que le Conseil d'Etat a relevé, qu'il a au contraire, constaté la régularité de la décision et accordé une indemnité pour des raisons complètement étrangères à la matière de l'excès de pouvoir : cas de l'agent régulièrement révoqué (13), qui, en l'absence de toute faute de l'administration, peut obtenir une indemnité « tant en raison de la révocation que du brusque congédiement dont il a été l'objet » (14), pour dommage anormal et exceptionnel. C'est une responsabilité exceptionnelle, basée sur l'idée de risque incombant à l'administration.

Concluons que l'annulation de la décision entachée d'excès

(12) Voir Alibert, p. 151, et Conseil d'Etat, 31 mars 1911, S. 12-3-129, Blanc, Argaing, Bézie. — C.E. 16 décembre 1916, Marocq, 31 juillet 1922, Ville de Pau.

(13) Voir affaires Marc, C.E. 20 juin 1913 ; Villenave, C.E. 11 décembre 1903, S. 1907-3-49, et Légay-Thomas, C.E. 7 avril 1911.

(14) Arrêt Marc précité.

de pouvoir, ou d'une décision individuelle d'exécution ultérieure constitue une condition nécessaire de l'allocation d'indemnités. Mais elle n'est pas une condition suffisante, il faut en outre, qu'il y ait fait de service.

2° *Nécessité d'une faute de service*

L'excès de pouvoir, en effet, ne s'identifie pas nécessairement avec la faute de service.

Nous savons combien est délicate la distinction entre la faute personnelle et le fait de service. Mais il est plus malaisé encore de définir, dans quels cas l'excès de pouvoir entraîne une faute personnelle ou une faute de service et dans quel cas il n'entraîne pas de faute du tout.

L'excès de pouvoir, en effet, ne constitue pas toujours une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration ou de l'agent. Comme l'a très bien exprimé Hauriou, la faute consiste plutôt dans le fait que l'organe a exécuté — et nous ajoutons dans certains cas : qu'il a décidé — l'acte entaché, que dans l'excès de pouvoir lui-même.

Constituera une faute personnelle de l'agent l'exécution d'une décision prise avec une intention malveillante ou basée sur une erreur grossière.

Dans quels cas l'excès de pouvoir entraîne-t-il faute de service ?

Il n'y a pas, pour répondre à cette question, d'autre méthode que celle adoptée par M. Delbez : il faut séparément étudier chacune des ouvertures de l'excès de pouvoir. C'est une question d'espèce.

En matière d'illégalité, ou de violation de la chose jugée, les tribunaux concluront facilement à la faute de service, mais ils seront souvent amenés à se demander si l'administration ne pouvait pas, par une autre voie — légale, cette fois — arriver au même résultat, car alors le particulier n'a pas été lésé (15). Il faut que le dommage soit vraiment exceptionnel pour pouvoir entraîner la condamnation de l'administration.

En matière d'incompétence, M. Duez et M. Delbez distinguent

(15) C.E. — Andureau, 23 janvier 1925, S. 1926-3-52.

entre l'incompétence ratione materiæ et ratione personæ. Ils estiment que, dans le premier cas, il y a généralement faute de service, parce que l'incompétence ratione materiæ est toujours une faute grave, tandis que dans l'autre cas, la responsabilité est exceptionnelle, parce que l'acte entaché d'incompétence aurait pu être accompli par un autre agent. Le dommage subi, dans ce cas, par le particulier n'a rien d'exceptionnel, puisqu'il appartient à l'administration de le faire subir à l'intéressé en faisant exécuter l'acte à nouveau par l'agent compétent.

Quant au vice de forme, nous aurons l'occasion de constater que l'administration peut le plus souvent refaire et même valider rétroactivement l'acte irrégulier. En général, elle n'a donc pas à indemniser les particuliers des dommages qu'ils subissent (16). Cependant, une indemnité peut être due, au cas où l'incertitude résultant de l'irrégularité même de l'acte entraîne un dommage.

Reste le détournement de pouvoir. C'est le cas le plus caractéristique de la faute du service. Que l'agent prenne une initiative dans un intérêt autre que celui de l'administration ou dans un intérêt de l'administration autre que celui en vue duquel l'acte devait être accompli, toujours il y a faute de service susceptible d'entraîner la responsabilité pécuniaire de l'administration (17).

Concluons donc avec M. Delbez que l'excès de pouvoir peut atteindre tous les degrés de la faute : faute légère n'engageant pas la responsabilité de l'administration, faute de service proprement dite, faute personnelle de l'agent. C'est dire qu'excès de pouvoir et faute sont deux concepts hétérogènes qui ne se trouvent pas dans le même plan. En d'autres termes, la matière de l'excès de pouvoir n'offre pas d'exception à la théorie générale de la responsabilité administrative pour faute de service.

3° *Nécessité de l'exécution de la décision irrégulière*

« L'administration n'est pas pécuniairement responsable des simples effets de droit produits par ses décisions exécutoires,

(16) C.E. 4 novembre 1928, Montpilié.

(17) Voir en ce sens Duez, p. 26, et C.E. 17 février 1903, S. 1905-3-17, Confl. 5-5-77, S. 78-2-93, C.E. 8 juin 1917, S. 1920-3-1 ; C.E. 31 mars 1911, S. 12-3-129 ; C.E. 12 janvier 1912, 12 février 1922, 23 février 1923, etc...

même lorsque celles-ci sont entachées d'excès de pouvoir. Sa responsabilité pécuniaire ne peut commencer qu'avec les faits d'exécution » a dit Hauriou (18).

Notons que si l'exécution est une condition de la responsabilité, c'est uniquement parce que, dans le cas général, il n'y a pas de dommage hors de l'exécution. Il demeure que la faute, cause de la responsabilité, consiste exclusivement dans le vice de la décision elle-même.

Quelle peut être dans ces conditions la responsabilité qu'encourt la Commission administrative à l'occasion de ses délibérations ? Ces délibérations ne constituent-elles pas exclusivement des décisions exécutoires ?

Il est certain que les délibérations réglementaires prises par la Commission administrative en conformité avec l'article 8 de la loi du 7 août 1851 ne peuvent, avant d'être exécutées, causer un préjudice susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration que dans des cas tout à fait exceptionnels ; cela peut se produire, notamment, lorsqu'elles ne sont prises qu'en vue d'un intérêt individuel, ou lorsque, indépendamment de toute exécution, elles portent atteinte à des droits.

Seulement, il ne faut pas perdre de vue que la Commission administrative d'établissement public hospitalier est l'un des rares organes administratifs qui cumulent le pouvoir de délibérer avec le pouvoir d'exécuter les délibérations prises. Ainsi, les règlements édictés par la Commission administrative lient l'exécution. Fréquemment, elles comportent des dispositions d'exécution. Contrairement à ce qui se passe dans presque tous les autres services publics, l'agent d'exécution, l'employé de l'hôpital, ne saurait prendre aucune initiative à l'encontre de ce règlement puisqu'il procède à l'exécution au nom de la Commission elle-même. En somme, la distinction entre la décision exécutoire et l'acte d'exécution perd de sa netteté en matière hospitalière, parce que, généralement, le vote du règlement implique l'ordre hiérarchique donné aux agents d'exécution de l'appliquer et que souvent la délibération réglementaire contient

(18) Remarquons que même les dommages résultant de l'absence de réglementation apparaîssent toujours à l'occasion d'agissements d'exécution. Comment, en effet, naîtraient-ils à l'occasion d'une délibération, puisque, par hypothèse, celle-ci fait défaut !

elle-même des mesures d'exécution. A la suite de la délibération, il n'y a plus l'espoir qu'un organe d'exécution s'abstienne et évite le dommage.

Il ne faut donc pas s'étonner que certaines délibérations générales, réglementaires de la Commission administrative peuvent faire grief et qu'à l'occasion de ces délibérations, la Commission administrative peut encourir une responsabilité dans la mesure où elles constituent des actes d'exécution.

A plus forte raison, en est-il ainsi en matière de délibérations individuelles. Une grande partie de ces délibérations implique, en effet, des actes d'exécution (injonctions aux administrés et aux agents, ordres, acceptations ou refus en matière contractuelle, décisions portant éviction de soumissionnaires, etc.) Il va sans dire que dans tous les cas où la délibération crée elle-même, indépendamment de toute exécution un dommage, la condition de l'exécution de la décision irrégulière — que nous venons d'analyser — devient sans objet.

SECTION III

Le relâchement dans l'application des lois et règlements et ses conséquences quant à la responsabilité

« L'administration, a dit Hauriou (19), est animée d'une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur ». Il s'en suit qu'elle jouit d'une certaine indépendance vis-à-vis de la loi et de la réglementation en général. Sans doute ne peut-elle pas, à la longue, ignorer la loi, mais il lui appartient d'user dans l'application de certains égards, de certains délais, d'un certain choix des moyens. L'administration reste ainsi dans une certaine mesure juge de l'opportunité de l'application de la loi. Ces égards, ces hésitations peuvent entraîner des dommages. L'administration peut-elle se dispenser de les réparer sous prétexte d'avoir agi dans l'intérêt géné-

(19) 11e édition, page 345.

ral ? Il ne semble pas qu'on puisse répondre affirmativement à cette question.

Nous supposons que cette opportunité est exclusivement dictée par le sentiment de l'intérêt commun. Or, même dans cette hypothèse, l'intérêt contraire de l'individu appelé à bénéficier de la prescription légale en question est légitime, puisque, précisément, il est garanti par la loi. Il n'y a aucune nécessité de sacrifier complètement l'intérêt légitime de l'individu aux intérêts communs de la population. Il y a moyen, au contraire, de faire une sorte de transaction en indemnisant l'individu du sacrifice qu'il doit supporter, c'est-à-dire, en obligeant l'administration à payer des dommages-intérêts (20).

Juridiquement, une autre solution ne paraît pas possible, tout au moins dans les cas où l'individu ne commet aucun abus du droit, mais exige simplement la prestation légale. Lui refuser l'indemnisation ne serait-ce pas singulièrement restreindre la force obligatoire de la loi, ne serait-ce pas mettre l'administration au-dessus du législateur ?

Rappelons toutefois qu'en matière de police, le Conseil d'Etat n'admet la responsabilité de l'administration qu'en cas de faute lourde. Ainsi, si par une simple tolérance la Commission administrative omet d'appliquer les prescriptions de son règlement, dès lors, par exemple, que les circonstances exceptionnelles, en vue desquelles elles ont été édictées, ne sont pas réalisées, sa carence, malgré l'illégalité, ne constitue pas une faute d'une suffisante gravité pour servir de base à la responsabilité pécuniaire de l'administration (21). Mais sa responsabilité serait engagée si l'abstention avait pour conséquence de créer entre les usagers du service une inégalité financière (22).

(20) Voir affaire Couïtéas en matière de police. Voir aussi C.E. 26 juin 1931, S. 1932-III-68 en matière d'inexécution du règlement édicté par l'administration elle-même.

(21) Voir pour le principe un arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1934, D.H. 1934, p. 607, en matière de police municipale.

(22) Pour le principe, voir C.E. 21 juin 1935, D.H. 1935, p. 545, et la Revue du Droit Public 1936, fascicule 2.

CHAPITRE VII

L'IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT A RAISON DE LA LOI ET DES RÈGLEMENTS ÉDICTÉS PAR D'AUTRES SERVICES ADMINISTRATIFS

SECTION I

L'activité législative

L'irresponsabilité de l'Etat pour les conséquences des prescriptions législatives n'est consacrée par aucun texte. Elle résulte de la conception de l'omnipotence du législateur français.

Quels sont les actes qui bénéficient ainsi d'une franchise absolue au point de vue de la responsabilité ? Ce sont les lois elles-mêmes et aussi, par conséquent, ces actes du pouvoir exécutif qui participent aux caractères de la loi : les décrets pris en la forme du règlement d'administration publique et les décrets pris en vertu des pouvoirs extraordinaires délégués au Gouvernement par le Parlement dans des circonstances difficiles.

Le principe a ses exceptions. Hauriou en a cité deux (1). A son avis, « l'Etat peut être rendu responsable

1° si la mesure législative cache une opération financière de nature à enrichir le patrimoine administratif ;

2° si elle vient modifier l'équilibre financier d'un contrat dans lequel l'Etat est partie » (fait du prince).

Au cas où ces exceptions s'appliqueraient aux établissements publics hospitaliers, il faudrait admettre que la respon-

(1) 11e édition, page 503.

sabilité n'atteint que la personne qui a pris l'initiative et qui profite de l'acte, c'est-à-dire le plus souvent l'Etat lui-même, et non pas l'établissement public.

L'établissement public hospitalier, irresponsable en matière de législation, ne peut encourir aucune responsabilité du fait de l'insuffisance de la réglementation légale. De même, en effet, qu'il subit la loi sans pouvoir la modifier, de même il subit le défaut de législation. La doctrine en a déduit cette conséquence intéressante que l'administration ne saurait être obligée à suppléer par ses propres moyens au défaut de législation, même au cas où un besoin pressant existe. Les déficiences des services publics dues à l'inaction ou à l'action insuffisante du législateur ne peuvent fonder une action en responsabilité contre l'administration.

Ainsi l'établissement hospitalier, à défaut de réglementation légale, ne peut être obligé d'admettre des malades payants. A défaut de ressources ou à défaut de la prise en charge des frais par la commune, le département ou l'Etat il ne peut pas être obligé de recevoir des indigents. Il serait facile de multiplier les exemples.

« L'administration, a dit Hauriou, n'est pas tenue de déférer aux sollicitations et aux démarches des administrés pour organiser un service public nouveau. »

SECTION II

Les règlements pris par les autres services administratifs

Le principe de l'irresponsabilité de l'administration ne vaut que pour l'acte législatif ou l'acte assimilé. Il ne saurait être étendu aux règlements de l'administration.

Mais pourra-t-on rendre l'établissement public hospitalier responsable des conséquences de règlements dont il n'a pu prendre l'initiative ? Il semble que là encore il faille déduire une réponse négative de la nature même de la personnalité

dont il est doué. La responsabilité n'atteint que la personne qui a pris l'initiative de la décision. La personnalité n'est conférée aux établissements publics hospitaliers qu'en vue de leur permettre de remplir une mission bien déterminée. N'est-il pas évident qu'ils ne pourraient s'en prévaloir pour entrer, dans d'autres domaines, en conflit avec l'Etat ? Ne sont-ils pas liés en dehors de leur domaine par les décisions que prennent d'autres services de l'administration ? Il faut sans hésitation répondre par l'affirmative.

Mais, pour que l'établissement hospitalier soit dégagé de toute responsabilité, il faut, bien entendu, supposer que ces décisions soient légales, régulières en elles-mêmes, condition qui résulte également de sa personnalité. En effet, le propre des établissements publics c'est d'être dégagés de l'autorité hiérarchique et, par conséquent, d'échapper à l'ordre d'un supérieur ; ils peuvent et ils doivent apprécier sous leur propre responsabilité la légalité des actes de l'administration, parce qu'en principe ils agissent librement dans les seules limites de la légalité et des formes prescrites et n'engagent que leur propre responsabilité, aucun chef ne pouvant valablement les couvrir.

Dès lors que la légalité n'est pas douteuse, les établissements publics hospitaliers, de même que les particuliers, ne sauraient discuter les décisions de l'administration, qui les obligent en raison même de leur caractère général.

Il en résulte nécessairement — et nous rejoignons par là notre solution — qu'en principe, au cas où — c'est l'exception — l'exercice du pouvoir réglementaire par l'Etat peut donner lieu à une responsabilité, cette responsabilité ne saurait atteindre que le service qui a pris le règlement. La responsabilité de l'établissement public hospitalier ne saurait être engagée qu'au cas où l'exécution par lui d'un règlement édicté par un autre service public constitue elle-même une irrégularité, une faute, c'est-à-dire au cas où ce règlement est hors vigueur, ou illégal, ou mal appliqué. Cette conséquence inéluctable de la personnalité administrative met en lumière la portée pratique de la décentralisation, qui, par le moyen de la personnalité, opère une scission, un compartimentage profond, non seule-

ment dans le domaine de la décision et de l'exercice du pouvoir, mais même dans le domaine des responsabilités.

Mais il ne suffit pas de poser ce principe. Quelles sont les principales catégories d'actes administratifs s'imposant à l'établissement public hospitalier ? Procédons par élimination.

Les instructions ministérielles et les circulaires, tout d'abord, n'ont pas de caractère obligatoire pour les services décentralisés, tels que les établissements publics hospitaliers. Elles ont la nature de simples recommandations que les établissements publics ne peuvent suivre qu'à leurs risques et périls. Ceux-ci restent pleinement responsables, même s'ils se contentent de reproduire un modèle recommandé par l'administration supérieure (cahier des charges-type, règlement-modèle, etc.). Doués de l'autonomie, ils doivent exercer une critique et un choix. A eux de discerner la légalité et l'illégalité.

Il en est de même des règlements et prescriptions édictées par l'administration centrale sous une forme impérative (décrets ordinaires, arrêtés, etc.), mais sans compétence ou en violation de la loi.

Nous estimons que l'administration hospitalière qui exécute pareils règlements et prescriptions se charge d'une grave responsabilité. Les tiers lésés pourront faire valoir à l'encontre de l'administration hospitalière l'illégalité de ces agissements, parce qu'en vertu de sa personnalité même, elle a le moyen d'éviter l'application des mesures illégales et parce qu'en les appliquant elle s'y associe en les faisant siennes.

TITRE III

LES LIMITES A LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE LA REPRÉSENTATION ET DE LA TUTELLE (1)

C'est une constatation faite par plusieurs auteurs que la théorie de la responsabilité de l'administration s'est développée parallèlement à la théorie de la personnalité de l'administration. La personnalité, en effet, sert de fondement à la responsabilité. Seules les personnes, sujets de droits, sont susceptibles d'encourir une responsabilité.

L'expression la plus typique de cette corrélation se trouve

(1) Il n'y a pas très longtemps encore que la responsabilité de l'administration pour les dommages résultant de l'exercice des droits de puissance publique est admise par la doctrine et la jurisprudence. L'exercice de ces droits paraissait devoir exclure le contrôle juridictionnel à un moment où, en raison de la faible organisation de la juridiction administrative, ce contrôle n'eût pu être exécuté que par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Seule était admise sans discussion la responsabilité de l'administration pour ses actes de personne privée (actes relatifs au domaine privé, etc...) et pour les dommages causés par les travaux publics.

Il importe, cependant, de ne pas exagérer la portée de cette irresponsabilité en ce qui concerne les établissements hospitaliers. Parallèlement à la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat pour les actes de puissance publique, la jurisprudence et la doctrine admettaient alors que les administrations locales n'accomplissaient que des actes de gestion privée. Pratiquement, ainsi, le principe d'irresponsabilité n'avait aucune portée quant aux établissements hospitaliers.

Entre temps, l'inexactitude des deux thèses a été reconnue par la jurisprudence. Aujourd'hui, elle affirme, d'une part, que l'administration peut être rendue responsable des suites de l'exercice des droits de puissance publique et, d'autre part, que les administrations locales exercent pareils droits.

Nous n'avons donc plus à tenir compte, dans les développements qui vont suivre, de cette théorie de l'irresponsabilité de l'administration pour les actes de puissance publique.

dans le sens juridique de la faute elle-même. Dire que la responsabilité est la suite logique de la faute, c'est constater qu'une personne douée de volonté n'a pas agi comme elle aurait dû le faire. Le principe de la responsabilité basée sur le risque présuppose également une personne assumant ce risque.

La plus ou moins grande liberté de la personne entraîne une plus ou moins forte responsabilité.

La corrélation est tellement étroite qu'il suffit que la personnalité à un moment donné s'évanouisse, soit totalement, soit partiellement, par suite de sa subordination à une autre personnalité ou pour toute autre raison, pour que la responsabilité elle-même disparaisse ou s'atténue conséquemment. Les explications qui vont suivre serviront d'illustration à cette vérité.

Rappelons, en effet, que l'activité des établissements publics hospitaliers est limitée à un double point de vue : d'une part, l'administration hospitalière, pour agir valablement, doit être régulièrement représentée ; seul l'organe compétent peut agir au nom de l'administration ; d'autre part, l'établissement hospitalier est assujetti à une certaine tutelle par l'Etat, tutelle dont nous allons préciser et les formes et la portée.

Il y a là deux sources à la fois d'irresponsabilité et de responsabilité aggravée.

Il importe de préciser la portée de ces restrictions, car cette étude entraînera des conséquences intéressantes quant à la responsabilité de l'administration.

CHAPITRE VIII

LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA REPRÉSENTATION

SECTION I

La personne morale et l'organe

Les personnes morales agissent par l'intermédiaire d'organes constitués.

Ainsi, les établissements publics hospitaliers sont-ils représentés par la commission administrative et ses agents. Il ne faudrait pas aller jusqu'à prétendre que tous les actes qui ne sont pas exécutés par la commission administrative elle-même sont suceptibles d'être attaqués. Le rôle des agents est d'assurer le service dans les limites des décisions prises par la commission et des prescriptions édictées par la loi.

Les principes de la délégation en matière administrative permettent d'affirmer sans hésitation que la personne morale ne peut se prévaloir à l'occasion d'un *acte d'exécution* de l'un de ses agents que, cet acte n'ayant pas été accompli par elle, elle n'est pas tenue d'en supporter les conséquences. Il ne saurait en être ainsi qu'au cas où l'agent aurait commis une faute personnelle excluant la responsabilité de l'administration, une véritable usurpation de pouvoir. Il s'agit uniquement, en l'occurrence, de savoir dans quelle mesure les *décisions* non prises par l'organe régulièrement constitué peuvent engager la personne morale.

Pratiquement, il s'agit presque toujours du cas où la commission administrative prend une délibération, alors qu'elle ne

remplit pas les conditions de quorum prescrites par la loi du 5 août 1789 (1). Par un vote majoritaire, la commission — en fait une commission ultérieure, autrement composée — peut dans ce cas agir en nullité. De même toute personne intéressée ayant un intérêt à l'annulation.

Il peut arriver également que le président de la commission administrative ait pris une décision sans avoir provoqué une délibération de la commission dont l'accord était indispensable. Dans ce cas également, la commission peut demander l'annulation de la décision du Maire (2).

On pourrait se demander pourquoi, dans ces hypothèses, la commission administrative doit demander l'annulation des décisions prises irrégulièrement puisqu'il lui appartient de défaire ce qui a été mal fait, en prenant une nouvelle décision. Cet intérêt est réel : l'annulation permettra de faire disparaître rétroactivement les effets que la décision a pu produire. Alors qu'une nouvelle délibération n'agirait que pour l'avenir, elle permettra, en matière contractuelle, de dégager l'administration de conventions irrégulièrement conclues. Mentionnons, enfin, la valeur démonstrative de l'annulation par voie de justice dont, pour des raisons politiques ou de prestige, la commission administrative peut vouloir profiter. Les tiers atteints par la décision ont donc un intérêt à faire annuler la décision (3).

En somme, ne pouvant agir que par ses organes, la personne morale ressemble à une véritable incapable, dont l'organe serait le tuteur. Les conséquences qu'il y a lieu d'en dé-

(1) Les délibérations prises par trois membres seulement peuvent être déférées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir (C.E. 10-1-1913, R.E.B. 1913, p. 148).

Mais si quatre membres ont participé à la discussion et si l'un d'eux s'est retiré avant la délibération, les conditions de quorum sont néanmoins remplies (C.E. 10-12-1909, R.E.B. 1910, p. 292).

D'autre part, la Commission Administrative ne peut valablement délibérer quelque soit le nombre d'administrateurs présents, si, après deux convocations infructueuses une troisième réunion a été convoquée (C.E. 2-8-1889).

(2) Notons qu'en matière juridictionnelle, le cas est assez rare parce que les tribunaux administratifs exigent que la Commission ait elle-même pris une décision. Ainsi, est irrecevable le recours formé par le Maire non autorisé par la Commission Administrative contre la décision du Préfet qui annule une délibération de la Commission.

(3) Notons avec Hauriou que dans ces situations la personne morale apparaît comme une véritable mineure dont le tuteur serait l'organe.

duire quant à la responsabilité de la personne morale sont simples : d'une part, pour être responsable, elle doit avoir été régulièrement représentée, d'autre part, la personne morale et l'organe ne se trouvent pas l'une avec l'autre dans un rapport de commettant à préposé, tel que le définit l'art. 1384 du Code civil (4). Dans quelle mesure l'administration est-elle responsable des actes d'organes irrégulièrement constitués (1° Commission administrative, 2° Agents de l'administration, 3° Gestionnaires de fait).

SECTION II

La responsabilité du fait des décisions prises par des commissions administratives irrégulières ou irrégulièrement constituées

Notons immédiatement que l'approbation, par l'autorité de tutelle d'une délibération irrégulière n'est pas de nature à couvrir le vice de l'acte. L'autorité de tutelle n'a, en effet, aucun pouvoir d'évocation, elle ne peut ni ajouter ni retrancher aux délibérations de la commission. Elle ne pourrait conclure de l'imperfection de l'acte qu'au refus d'approuver.

§ 1. — Distinction de l'usurpation et de l'excès de pouvoir

Il faut soigneusement distinguer si la composition irrégulière de l'organe fait apparaître une usurpation de pouvoir ou une simple excès de pouvoir.

En cas d'usurpation de pouvoir (par exemple : décision prise par des particuliers qui prétendent se mettre à la tête d'un établissement public hospitalier), il y a lieu de décider que l'acte ne peut être annulé pour la simple raison qu'il est adminis-

(4) Voir en ce sens Hauriou, p. 297.

trativement inexistant (5). Les conséquences dommageables qu'il peut avoir entraînées ne peuvent donner lieu qu'à un contentieux ordinaire devant les tribunaux judiciaires.

Par contre, en cas d'excès de pouvoir (commission ne remplissant pas les conditions de quorum), l'acte vicié peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir pour violation des formes et illégalité. Si les délais pour agir en excès de pouvoir contre l'acte sont expirés, le Conseil d'Etat reconnaît, d'ailleurs, — nous l'avons souligné — aux intéressés la possibilité de faire annuler les décisions prises en exécution de cette première décision, en tant — du moins — que l'organe régulier ne l'a pas couverte. Les particuliers lésés ne peuvent obtenir des indemnités du fait de l'irrégularité qu'à la condition qu'ils aient obtenu l'annulation de l'acte ou des décisions et qu'il y ait faute de service. En dehors des cas, ainsi délimités, ils ne peuvent agir en indemité contre l'administration.

§ 2. — La couverture de l'acte vicié

L'usurpation de pouvoir, qui exclut l'annulation, exclut également la confirmation. L'organe régulier ne saurait conserver à la vie une acte entaché d'usurpation de pouvoir, pour la simple raison que cet acte n'a jamais pu naître.

Mais si l'acte est simplement entaché d'excès de pouvoir, quelles en sont les conséquences et dans quels cas l'administration peut-elle le couvrir ?

Distinguons suivant que l'organe régulier veut ou ne veut pas couvrir la décision.

I. — *L'organe régulier n'entend pas maintenir la décision*

Il faut partir de cette constatation que l'acte vicié existe tant qu'il n'est pas expressément annulé. Or, les tiers intéres-

(5) Notons, toutefois, la tendance du Conseil d'Etat, saisi de recours contre pareils actes, qui consiste à constater l'inexistence de l'acte au point de vue administratif, au cas où le requérant a un intérêt légitime de posséder pareille déclaration d'inexistence.

sés, notamment en matière contractuelle, n'ont souvent aucune raison d'admettre que l'administration n'est pas régulièrement liée, parce qu'ils n'ont pas la possibilité de connaître le vice, les délibérations des commissions administratives étant généralement secrètes en vertu du règlement intérieur.

La commission administrative ne saurait donc rester inactive et se contenter d'ignorer l'acte. Si elle ne veut le maintenir, elle doit l'annuler expressément. Doit-elle le faire par voie juridictionnelle ?

S'il s'agit d'une délibération réglementaire et si l'organe régulier n'a pas encore procédé à l'exécution, ou, du moins, si l'exécution n'a pu créer des droits acquis, il est évident que la commission administrative n'a pas à faire annuler l'acte. Il suffit qu'elle l'annule elle-même et qu'elle ne l'exécute pas ou ne continue pas à l'exécuter.

Si, par contre, l'acte vicié est à la base d'un contrat conclu par l'organe irrégulier et si le cocontractant exige l'exécution, il est indispensable de faire prononcer la nullité de la délibération irrégulière et du contrat. Et en cette matière, s'agissant d'une véritable incapacité, les tribunaux à bon droit appliqueront par analogie les principes des art. 1305 et 1312 du Code civil. Ajoutons qu'il faudra s'adresser au juge du contrat lui-même, l'excès de pouvoir ne pouvant être sanctionné en matière contractuelle (6).

Supposons, maintenant, que l'organe régulier omette d'infirmer la décision irrégulière et que ses agents commencent l'exécution. Dans ce cas, peut-il encore désavouer la délibération irrégulière ? Il est certain que, ne pouvant être condamnée à des obligations de faire par les tribunaux administratifs ni forcée « manu militari » d'exécuter les prestations contractuelles auxquelles pourraient le condamner les tribunaux, il lui appartient toujours de se soustraire aux conséquences de l'acte, mais, cette façon de procéder n'aboutit pas à l'annulation de l'acte. Bien au contraire, la partie contractante tirera du contrat même un droit à indemnité auquel ne saurait se soustraire la Commission administrative. L'exécution par la Commission administrative ou par ses agents vaut (sauf le

(6) Voir en ce sens, Hauriou, page 298, et la jurisprudence citée.

cas de faute personnelle de l'agent) validation de l'acte vicié, qui ne pourra plus être annulé avec effet rétroactif. La responsabilité pécuniaire de l'établissement est engagée, encore que l'autorité de tutelle ait refusé d'approuver l'acte.

Nous avons affirmé par là que la Commission administrative peut couvrir le vice des actes faits sans que les conditions de quorum soient remplies. Il reste à le démontrer.

II. — *L'organe entend confirmer l'acte irrégulier*

La Commission administrative peut-elle rétroactivement couvrir le vice du défaut de quorum en ratifiant la délibération irrégulière ?

Nous le croyons, malgré la rigueur des principes en matière de nullités en droit administratif, et nous estimons avec M. Alibert (7) qu' « on ne voit vraiment pas pourquoi l'on tiendrait pour nulle la décision prise, alors que l'accomplissement ultérieur des formalités tout d'abord négligées n'est pas susceptible de faire varier l'appréciation qui a pu être faite de l'opportunité de la décision ». L'organe régulièrement composé de la personne morale peut donc couvrir rétroactivement le vice de forme résultant de l'irrégularité de la composition de la Commission administrative.

Cette solution découle logiquement des principes de la représentation de la personne morale par ses organes. Rappelons qu'il y a là une véritable incapacité de la personne morale. Il faut donc admettre, en raisonnant par analogie, que le tuteur, c'est-à-dire la Commission administrative régulièrement constituée, peut ne pas profiter, s'il estime que tel est l'intérêt de l'administration, de la faculté, qui lui appartient, d'attaquer les actes passés en dehors de son assistance régulière. L'incapacité juridique, en effet, est instituée dans l'intérêt exclusif de l'incapable. Le cocontractant n'est pas fondé à invoquer la nullité relative de l'acte.

Notons que, pour confirmer l'acte vicié, la Commission administrative n'est pas tenue de prendre une nouvelle délibération maintenant expressément l'ancienne. Celle-ci, en effet,

(7) « Le contrôle juridictionnel de l'administration », 1926, p. 234.

existe et ne saurait être mise à néant que par un acte exprès de la Commission administrative, le cas échéant, par voie de justice (voir plus haut). En d'autres termes, l'exécution, par l'administration, vaut confirmation et validation de la délibération irrégulière.

On pourrait objecter à l'encontre de cette dernière solution que la Commission administrative peut ne pas avoir connaissance, en fait, de l'exécution de la décision entachée du vice de forme, et que même, il ne suffirait pas que les membres de la Commission pris individuellement en aient eu connaissance, puisqu'ils n'ont aucun droit individuel leur permettant d'invalider ou de confirmer la délibération primitive.

Mais il est facile de répondre à pareille argumentation. Elle méconnaît, en effet, cette originalité de l'administration hospitalière — que nous avons déjà signalée — d'être entièrement assurée par la Commission administrative, l'une des rares assemblées du droit administratif français qui veille elle-même à l'exécution de ses décisions, cumulant ainsi l'administration délibérante et l'administration exécutive. Sauf le cas de délégation spéciale, les fonctionnaires de l'administration hospitalière n'ont pas de pouvoirs comparables à ceux des agents d'exécution d'autres administrations décentralisées. Il en résulte que la Commission administrative ne peut s'en prendre qu'à elle-même, si elle ne s'est pas fait tenir au courant de l'exécution par ses agents de la délibération irrégulière. L'ignorance dans laquelle elle se trouvait à cet égard ne peut lui servir de prétexte pour déclarer ou faire déclarer nulle la délibération irrégulière, dont elle pouvait empêcher l'exécution.

Il lui incombait, pour mettre à néant l'ancienne délibération, d'en prendre une nouvelle.

SECTION III

La responsabilité pour les actes des agents, accomplis en dehors de leur compétence

Le seul cas qui nous intéresse ici c'est celui de l'agent exerçant une activité qui, normalement, ne peut incomber qu'à la

Commission administrative elle-même. Le cas de l'incompétence en général a été traité au titre précédent.

L'agent qui, sans délégation spéciale, traite au nom de l'établissement des questions que seule la Commission administrative a qualité pour traiter, peut-il engager la personne morale pour les contrats qu'il passe en son nom et engage-t-il la responsablité de l'administration pour les dommages qu'il cause par cette activité irrégulière ?

Distinguons la situation contractuelle et la situation non-contractuelle.

§ 1. — En matière contractuelle

Il est certain que la convention passée entre un fonctionnaire d'hôpital et un tiers au nom de l'administration ne peut lier celle-ci, si la Commission administrative n'a donné aucun mandat à l'intéressé et si elle n'est pas disposée à l'approuver. Pareille convention ne lie pas la personne morale ; mais faut-il aller jusqu'à prétendre que la Commission administrative peut se contenter d'ignorer le contrat intervenu et que l'agent doit être réputé avoir commis une véritable usurpation de pouvoir, c'est-à-dire que l'acte est administrativement inexistant ?

Dans la majeure partie des cas, ce serait aller à l'encontre de la définition de l'usurpation de pouvoir (voir ci-dessus).

Nous estimons, cependant, qu'il y aurait non pas excès, mais usurpation de pouvoir, si un sous-ordre exclusivement occupé à des travaux manuels passait sans aucune autorisation, même tacite, des actes réservés à la Commission administrative. Ainsi, faudrait-il conclure à l'usurpation de pouvoir au cas où une fille de salle commanderait des travaux de transformation, respectivement où une infirmière traiterait à l'insu de la Commission administrative avec un patron pour l'admission de ses accidentés du travail, etc..., etc.... Ces cas rentrent dans la catégorie des actes pris « par une personne dépourvue de toute autorité... parce qu'elle remplit dans la hiérarchie administrative des fonctions qui ne lui confèrent aucun droit de décision » (M. Laferrière). Dans ces cas, toutes les conséquences de ces actes,

quelles qu'elles soient, seront appréciées par les tribunaux judiciaires. Mais nous considérons les cas d'usurpation de pouvoir comme tout à fait exceptionnels. Nous estimons, par exemple, que l'infirmière qui commande directement des articles médicaux de peu de valeur pour son service de malades ne commet pas une usurpation, mais un simple excès de pouvoir.

Revenons au cas de loin le plus général de l'excès de pouvoir.

La situation ressemble à celle que nous venons d'étudier au cas où la Commission administrative a pris une décision sans remplir les conditions de quorum. La Commission administrative peut couvrir l'acte pris par l'agent incompétent. Celui-ci aura agi suivant les principes de la gestion d'affaires, dont l'extension en droit administratif, dans les rapports entre la personne morale et les gestionnaires de fait, est reconnue d'une manière de plus en plus large. Elle peut également manifester sa volonté de ne pas ratifier l'acte, à condition, bien entendu, qu'elle n'ait pas autorisé ou toléré son exécution.

Mais est-elle obligée d'annuler en justice l'acte conclu par l'agent ? Nous ne le croyons pas. Si le contractant exige l'exécution du contrat, la Commission administrative se contentera d'opposer la nullité par voie d'exception. Le contrat n'a pu se former. Il y a absence de consentement. Au cas où le contrat aura eu un commencement d'exécution, il faut appliquer les distinctions que nous avons faites. Par l'exécution, la Commission fait sien le contrat irrégulièrement conclu.

Notons qu'en fait, la validité du contrat sera généralement appréciée par les tribunaux judiciaires, car la plupart des contrats de l'établissement hospitalier et notamment ceux dont nous parlons, sont considérés comme des contrats de droit privé. Or, les tribunaux judiciaires, se plaçant sur le terrain du droit civil, apprécieront si l'employé a pu engager le patron.

Par contre, ils ne peuvent connaître, à notre avis, des demandes en dommages-intérêts introduites contre l'administration comme responsable de ses préposés aux termes de l'article 1384 du Code civil. Seuls les tribunaux administratifs sont compétents en matière de responsabilité non contractuelle, à moins,

toutefois, qu'il s'agisse d'un acte commis à l'occasion de la gestion du domaine privé (8).

L'agent engage, en effet, par tous ses agissements à l'occasion du service, en dehors du dol ou de la faute lourde, la responsabilité de l'administration. Il est parfaitement possible qu'en passant une convention avec des tiers, il commette une faute de service que ces tiers, du moins s'ils sont de bonne foi, pourront invoquer contre l'administration pour obtenir une indemnité (en l'occurrence, pour les débours faits en vue du contrat ou de son exécution).

Ainsi, même en matière contractuelle, le particulier lésé, invoquant la faute de service, pourra parfois obtenir la condamnation de l'administration à des dommages-intérêts, à moins que la faute de l'agent n'ait été soit intentionnelle, soit tellement lourde que, suivant les principes de la responsabilité administrative, ses conséquences dommageables ne doivent donner lieu qu'à sa responsabilité personnelle.

Tandis que le contentieux de la validité du contrat est tantôt judiciaire, tantôt administratif, le contentieux de la faute de service (hormis en matière de gestion du domaine privé) est toujours administratif. Pour les réclamations dirigées contre l'établissement hospitalier c'est généralement le Conseil Interdépartemental de Préfecture qui est compétent.

Dans des hypothèses plus rares, l'entrepreneur de bonne foi pourra même, en dehors de toute faute, agir en indemnité contre l'administration, si le travail commandé par un agent incompétent a entraîné un enrichissement indû de l'administration. Le Conseil d'Etat a eu à statuer, entre autres, dans une affaire, où un maire, sans autorisation du conseil municipal, a passé commande de travaux, dès lors que ces travaux ont profité à la commune. Il a décidé le partage des honoraires d'un architecte entre le maire et la commune (9). Dans une autre affaire, il a condamné une commune au paiement de travaux commandés par le maire, alors que les travaux étaient urgents et nécessaires (10).

(8) Voir en ce sens Hauriou, *op. cit.*, p. 918, note 1.
(9) C.E. 13-4-1883, Lebon, p. 347.
(10) C.E. 6-2-1885, R.E.B. 1885, p. 268.

§ 2. — En matière non-contractuelle

L'agent qui agit en dehors de sa compétence engage-t-il la responsabilité de l'administration ?

Distinguons l'usurpation et l'excès de pouvoir.

Si l'agent commet un acte d'usurpation, c'est-à-dire un acte que la Commission administrative ne pourrait elle-même exécuter, cet acte, administrativement inexistant, ne saurait lier la Commission.

Les conséquences de l'acte seront appréciées par les tribunaux ordinaires.

L'acte de l'agent entaché d'excès de pouvoir ne saurait, non plus, lier l'administration.

Si l'exécution a déjà été commencée, la Commission administrative peut l'interrompre. Elle n'a pas à demander l'annulation par voie de justice. Mais elle peut couvrir l'acte en considérant l'agent comme ayant géré en son nom.

En matière de responsabilité, au cas où la Commission administrative n'entend pas ratifier l'acte, il y aura tantôt faute de service, tantôt faute personnelle, suivant le principe général.

Une remarque importante s'impose quant à l'appréciation de la responsabilité de l'administration dans tous les cas où l'agent incompétent a traité au nom de l'établissement avec des particuliers : la mauvaise foi ou la faute du cocontractant de l'agent fait disparaître ou atténue la faute de l'administration. Le particulier qui traite avec une personne n'ayant aucun pouvoir de décision, par exemple avec une fille de salle ou un sous-ordre quelconque, n'a qu'à s'en prendre à lui-même si l'acte est refusé par la Commission. Il est en faute d'avoir négligé de s'adresser au service compétent.

SECTION IV

La responsabilité pour l'activité des gestionnaires de fait

La question de la représentation de la personne morale se pose dans des termes un peu différents quant aux personnes

qui, sans avoir été chargées par la Commission administrative, participent occasionnellement au service de l'établissement.

Il n'est pas difficile d'imaginer des cas pratiques de cette sorte de collaboration de fait. Un malade doit être opéré d'urgence. Le médecin de service ne pouvant se charger de l'opération, un médecin non hospitalier prend l'initiative de l'opération. Le chauffeur d'une voiture ambulance de l'hôpital tombe malade en route et un particulier prend l'initiative de reconduire la voiture à l'hôpital, etc...

Quelle est dans ces cas la responsabilité qu'endosse l'administration ?

Il n'y a aucune difficulté quant aux actes relatifs à la gestion privée (domaine privé, etc...). Ici, sans contredit, il faudra appliquer les principes de la gestion d'affaires du droit privé. Nous y renvoyons sans plus.

Quant aux actes de gestion publique, la doctrine et la jurisprudence sont également indécises. Il semble, cependant, que dans ses derniers arrêts, le Conseil d'Etat ait accepté d'appliquer à ces gestionnaires de fait, également, les principes de la gestion d'affaires, tels que les rapporte le Code Civil (11).

Notons qu'au cas où la Commission administrative n'accepte pas l'acte accompli par le gestionnaire de fait, il y aura lieu d'appliquer, pour fixer les responsabilités, les principes de l'usurpation de pouvoir. L'acte est alors inexistant. Il ne peut donc être annulé. Les responsabilités se régleront suivant les principes du droit privé.

(11) Voir les nombreux arrêts cités dans ce sens par Hauriou, 11e édition, p. 25-26.

CHAPITRE IX

LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA TUTELLE

L'établissement public hospitalier et l'autorité de tutelle exercent deux activités distinctes, qui entraînent, nécessairement, deux responsabilités distinctes, celle de la Commission administrative et celle du Préfet, représentant du pouvoir central. En vue de tracer la ligne de séparation entre ces deux responsabilités, il importe de caractériser la tutelle des établissements publics hospitaliers.

SECTION I

La tutelle administrative

Les personnes administratives décentralisées et notamment les établissements publics hospitaliers sont des incapables, soumis à la tutelle par l'Etat.

Il ne semble pas nécessaire de justifier spécialement le droit de contrôle que s'est ainsi réservé l'Etat sur la gestion de ces établissements. Ce droit va de soi. Il appartient à l'Etat, qui confère l'autonomie, de la limiter.

§ 1. — Les principes de la tutelle

Partant de la définition analytique donnée par MM. Maspétiol et Laroque (1), nous comprendrons par « tutelle adminis-

(1) Maspétiol et Laroque « La Tutelle Administrative ».

trative l'ensemble des pouvoirs limités accordés par la loi à une autorité supérieure sur les agents décentralisés et sur leurs actes, dans un but de protection de l'intérêt général ».

Sans entrer dans le détail de cette définition, pour lequel nous renvoyons à l'excellent ouvrage cité, relevons les trois principes capitaux pour l'intelligence de l'institution qu'est la tutelle administrative.

1° D'abord, la tutelle est limitative. Les cas énumérés par la loi, dans lesquels l'autorité de tutelle doit intervenir, ne sont susceptibles d'aucune extension. Cette limitation résulte non seulement du caractère exceptionnel de la tutelle administrative, mais encore des procédures suivant lesquelles elle doit s'accomplir. En dehors des cas de tutelle, l'établissement décentralisé jouit d'une véritable autonomie et son activité ne rencontre d'autres limites que celles prévues par la loi et les règlements et celles résultant de sa nature et de sa fonction.

2° Ensuite, cette tutelle est établie dans l'intérêt général, et non pas essentiellement dans l'intérêt particulier de l'établissement public.

3° Enfin, l'autorité de tutelle ne participe nullement à l'acte accompli par la personne morale ; la Commission administrative agit seule sans le concours du Préfet. L'acte de l'autorité de tutelle postérieur à l'acte de la Commission administrative ne fait pas corps avec lui ; c'est un second acte qui se superpose au premier, un simple exequatur. L'autorité de tutelle ne peut changer quoi que ce soit à l'acte qui lui est soumis. D'ailleurs, les délibérations de la Commission administrative sont déférées au Conseil d'Etat, indépendamment de l'approbation préfectorale (2).

Il est intéressant de noter cette particularité, parce que, au point de vue de la responsabilité, l'activité commune poserait le problème du partage de la responsabilité, alors que deux activités distinctes font naître deux responsabilités également distinctes (3).

(2) Cf. C.E. 22 juillet 1933, R.E.B. 1934, p. 320, C.E. 12 décembre 1926, R.E.B. 1926, p. 360.

(3) Il est étonnant de constater combien les auteurs ont été séduits par le mirage de la transplantation des principes de la tutelle du droit privé dans le domaine du droit public. La nécessité dans laquelle ils se trouvaient d'orga-

Remarquons encore que la tutelle administrative s'exerce non seulement suivant des considérations de droit, mais suivant des considérations d'opportunité. L'autorité de tutelle agit, en effet, dans l'intérêt général. Ne saurait être attaqué pour excès de pouvoir le refus par le Préfet d'approuver une adjudication (4), ou une aliénation d'immeubles (5), ou une modification du règlement intérieur (6) et le soumissionnaire ne pourrait demander une indemnité pour les frais qu'il a eus par suite de sa participation à la soumission. En un mot, si les cas de tutelle sont limités, les pouvoirs de l'autorité de tutelle dans les cas prévus sont illimités, avec cette réserve, cependant, qu'ils soient employés dans le but qui en justifie l'existence, c'est-à-dire que le Préfet ne commette pas un détournement de pouvoir et qu'ils s'exercent suivant les modes prescrits.

§ 2. — Le contenu de la tutelle

La tutelle ne s'exerce pas suivant un mode uniforme. Elle utilise au contraire les procédés les plus variés. Elle n'est

niser cette sorte de minorité caractéristique de toutes les personnes de droit public, sauf l'Etat lui-même, les a incités à suivre le modèle que leur offrait le droit positif, la tutelle du droit privé.

La plupart d'entre eux n'ont qu'insuffisamment résisté à cette tentation. En effet, malgré de lointaines ressemblances, le modèle ne convenait pas. MM. Maspétiol et Laroque ont montré dans leur étude de la tutelle (*op. cit.*, page 12) comment la jurisprudence judiciaire s'est ingéniée à transposer minutieusement tous les principes relatifs à l'incapacité des mineurs aux personnes administratives placées sous tutelle, et comment cette hérésie a été portée jusque devant le Conseil d'Etat lui-même. (Voir la jurisprudence qu'ils citent : Civ. 16 mars 1936, R.D. « Commune », n° 2374, et Civ. 3-5-41, ainsi que la note de M. Pépy, Dalloz 1928-3-25.) Hauriou lui-même (11e édition, page 299, en note) n'hésite pas à recommander « d'étendre par analogie aux incapables du droit administratif les règles du Code Civil sur les incapacités ».

Or, il suffit de se rappeler le but et les procédés de la tutelle (elle n'est établie que dans l'intérêt général, et non dans le seul intérêt de l'établissement, et elle ne s'analyse pas dans une assistance donnée au moment de la confection de l'acte, mais en un contrôle s'exerçant à la suite de l'acte, contrôle qui se résout en un simple droit de véto), pour s'apercevoir de la stérilité de la comparaison.

La tutelle ne s'exerçant pas essentiellement dans l'intérêt de l'établissement public hospitalier, il est permis d'hésiter quant à l'application des principes du droit privé relatifs à la tutelle ou à la curatelle. Il ne faut recourir aux dangereux arguments d'analogie qu'avec une grande circonspection.

(4) C.E. 16 juillet 1915, R.H. 1920, p. 194.
(5) C.E. 26 janvier 1912, R.E.B. 1913, p. 141.
(6) C.E. 11 mars 1887, R.E.B. 1887, p. 134.

pas liée à des formes sacramentelles. Le Conseil d'Etat n'a-t-il pas décidé, par exemple, que l'approbation par le Préfet d'une adjudication peut être implicite et résulter notamment d'un avis donné directement par le Préfet à l'adjudicataire, avis sur lequel il ne peut plus revenir (7).

Elle s'affirme non seulement dans les actes de l'organe chargé du service public en question, c'est-à-dire à l'égard des délibérations de la Commission administrative, mais elle intervient dès le moment de la constitution de l'organe : la loi réserve la nomination de la majorité des membres des commissions administrative à l'autorité de tutelle. Le pouvoir de révoquer les membres de la commission administrative n'appartient, d'ailleurs, qu'au ministre.

Mais la partie de loin la plus importante de la tutelle, surtout au point de vue du problème de la responsabilité qui seul nous intéresse ici, c'est la tutelle qui s'exerce sur les actes de la Commission administrative et sur leur exécution. Les établissements publics hospitaliers sont tenus par l'effet de la loi du 7 août 1851, d'une part, de soumettre à l'autorité de tutelle certaines de leurs délibérations, en fait, les plus importantes, et, d'autre part, de recourir pour l'exécution dans bien des cas à des agents sur lesquels ils ont peu de prise, à des procédures qu'ils ne peuvent accomplir eux-mêmes et à des ressources dont l'utilisation exige une autorisation spéciale.

Les délibérations de la Commission administrative soumises à la tutelle, peuvent être groupées selon les procédés de tutelle qui leur sont applicables : la loi de 1851 prévoit un ensemble de délibérations « réglementaires », c'est-à-dire de délibérations qui n'ont pas à être approuvées, mais qui deviennent exécutoires par elles-mêmes par le simple écoulement d'un délai (30 jours) courant à partir de la notification faite à l'autorité de tutelle, à moins que l'autorité de tutelle ne les ait annulées pendant ce délai. Une seconde série de délibérations est caractérisée par ce fait qu'elles ne peuvent être exécutées qu'après approbation par le Préfet. Certaines de ces délibérations doivent d'abord être soumises au conseil municipal pour avis. L'avis conforme n'est d'ailleurs exigé que par exception.

(7) C.E. 17 avril 1891, R.E.B. 1891, p. 166.

Les délibérations réglementaires visées à l'article 8 de la loi ont trait aux objets suivants : mode d'administration des biens et revenus, condition des baux et fermes, lorsque la durée n'excède pas dix-huit ans pour les biens ruraux et neuf ans pour les autres, mode et conditions des marchés pour fourniture et entretien dont la durée n'excède pas une année, travaux de toute nature dont la dépense ne dépasse pas 15.000 francs.

Les délibérations sujettes à approbation sont celles relatives aux budgets, comptes, recettes et dépenses, aux acquisitions, échanges, aliénations de propriétés, à leur affectation au service et, en général, à tout ce qui concerne leur conservation et leur amélioration, aux projets de travaux pour constructions, grosses réparations et démolitions dont la valeur excède 15.000 francs, aux conditions ou cahiers des charges des adjudications de travaux et marchés pour fournitures et entretien dont la durée excède une année, aux placements de fonds et emprunts, aux acceptations de dons et legs, etc... Ces délibérations sont d'abord soumises à l'avis du conseil municipal.

Enfin, la commission arrête, avec l'approbation du Préfet, les règlements de service tant intérieur qu'extérieur et de santé et les contrats à passer avec les congrégations hospitalières.

Plusieurs auteurs signalent un certain relâchement dans l'exercice de la tutelle en tant qu'elle s'exerce sur les décisions prises par les personnes décentralisées et ils expliquent ce relâchement par le fait que l'autorité de tutelle dispose au moment de l'exécution de ces décisions d'autres moyens non moins efficaces pour exercer la tutelle (8).

Mais, pour les établissements publics hospitaliers, pour lesquels la décentralisation a été poussée très loin, cette constatation n'est pas exacte, car l'autorité de tutelle qui a approuvé les délibérations de la commission administrative ne dispose pas de moyens énergiques pour en empêcher l'exécution.

Quels sont d'abord les moyens de tutelle dont dispose le Préfet dans l'exécution des décisions prises par la commission administrative ?

Le seul agent d'exécution des établissements hospitaliers qui dépende directement de l'autorité de tutelle c'est le receveur.

(8) Voir notamment Hauriou et Maspétiol-Laroque, *op. cit.*

Dans les petits et moyens hôpitaux, ce sont d'ailleurs les comptables du Trésor eux-mêmes qui assurent la manipulation des deniers. Les établissements plus importants possèdent des receveurs particuliers, qui dépendent presqu'exclusivement de l'autorité de tutelle. Il va sans dire qu'en fait le Préfet a ainsi par la voie de l'injonction adressée au receveur un moyen efficace pour surveiller la gestion financière des établissements hospitaliers, moyen dont il ne manque pas de profiter. Mais ce moyen ne lui permet pas d'empêcher l'exécution des délibérations qu'il a approuvées.

L'autorité de tutelle n'a pas de prise sur l'importance des recettes de l'établissement. Ces recettes, en effet, ne sont pas (9) de nature fiscale. Elles se composent essentiellement des revenus du domaine et des frais d'entretien des malades. Le Préfet n'intervient dans cet ordre d'idées que pour fixer le prix de journée applicable pour les indigents et pour sanctionner par voie de tutelle les tarifs d'hospitalisation des autres malades (malades payants, assurés sociaux) adoptés par la commission administrative. Il n'intervient pas à l'occasion d'un fait d'exécution (perception). Remarquons, cependant, qu'il n'appartient qu'à l'autorité de tutelle, en vertu de la loi du 7 août 1851, de délivrer des exécutoires permettant à l'administration hospitalière de recouvrer ses créances par la voie administrative. Mais le Préfet refuse-t-il l'exécutoire quand la créance résulte de l'application des tarifs par lui approuvés ? N'y aurait-il pas, s'il le faisait, détournement de pouvoir ?

Quant aux dépenses, le Préfet ne peut pas, non plus, empêcher l'exécution d'une délibération de la commission administrative approuvée par ses soins. Peu importe, qu'il refuse l'approbation du budget, dans lequel, en vertu de la délibération, le crédit nécessaire a été régulièrement inscrit ; n'ayant pas à intervenir dans l'exécution des délibérations hormis les cas visés par la loi du 7 août 1851, il ne saurait maintenir ce refus sans commettre un excès de pouvoir.

La tutelle des établissements hospitaliers régis par cette

(9) Abstraction faite de la quote-part du droit des pauvres et du produit des concessions de cimetières.

loi s'exerce essentiellement sur les délibérations de la commission administrative et non sur leur exécution.

MM. Maspétiol et Laroque soulignent l'influence centralisatrice que peut exercer sur un établissement décentralisé l'attribution de subventions facultatives par l'Etat. En allouant ces subventions, l'Etat pose, en effet, dans bien des cas des conditions quant à la gestion, conditions qui constituent une aliénation partielle de l'indépendance de l'établissement.

Ils relèvent, d'autre part, l'abus des règlements et cahiers des charges-types, qu'impose fréquemment l'autorité de tutelle aux administrations décentralisées. Cette façon de procéder est des plus critiquables, car elle est de nature à supprimer la liberté d'action des établissements.

Remarquons, en terminant, que l'autorité de tutelle n'est pas tout à fait sans droits à l'égard des décisions d'autorités décentralisées faisant partie du cercle de l'autonomie. En dehors de ses pouvoirs de tutelle, l'autorité de tutelle peut, en effet, déférer au Conseil d'Etat à fin d'annulation pour excès de pouvoir les délibérations contraires à la loi prises par la commission administrative. Même après l'expiration des délais pendant lesquels ce recours est recevable, l'administration supérieure n'est pas sans droits, puisque tout ministre peut, dans l'intérêt de la loi, déférer au Conseil d'Etat les délibérations des commissions administratives même *devenues définitives*.

⁂

A la suite de ces explications sur la tutelle, il importe de souligner que c'est à l'occasion des délibérations elles-mêmes, et non pas des agissements d'exécution, que s'exerce la tutelle administrative.

Mais la responsabilité ne se retranche-t-elle pas dans le domaine des agissements d'exécution et n'est-ce pas, alors, une entreprise stérile que de mettre en corrélation, en vue du problème de la responsabilité, l'activité de l'établissement public hospitalier, et celle de l'autorité de tutelle ? Cette conclusion s'imposerait, en effet, si le fait d'exécution devait, au point de vue de la responsabilité être considéré indépendamment de la

décision, et si les délibérations ne pouvaient, dans aucun cas, causer elles-mêmes un préjudice. Nous avons montré que ni l'une, ni l'autre de ces deux hypothèses ne se trouve réalisée.

Les délibérations de la Commission administrative contiennent des mesures d'exécution susceptibles de créer des dommages, et la question de tutelle apparaît même dans les agissements d'exécution postérieurs à la délibération, parce que l'approbation préfectorale constitue — dans la mesure où elle est prescrite — une condition de validité indispensable pour les délibérations de la Commission ordonnant ces agissements d'exécution.

L'étude des répercussions de la tutelle sur la responsabilité hospitalière est double :

1° Quelle est, d'abord, la responsabilité qu'encourt l'établissement public hospitalier au cas où, malgré le refus ou le défaut d'approbation par l'autorité de tutelle, il exécute sa délibération ? C'est la question de l'aggravation de responsabilité.

2° Quelle est, ensuite, la responsabilité qu'encourt l'établissement en cas de dommage causé par suite de l'inapplication d'une délibération motivée par le refus d'approbation préfectorale ? C'est la question de l'atténuation de responsabilité.

SECTION II

Les répercussions du défaut d'approbation préfectorale sur la responsabilité de l'établissement qui passe néanmoins à l'exécution

Il ne faudrait pas, en l'occurence, s'attendre à un partage de responsabilité entre l'administration et le Préfet, puisque, par hypothèse, la Commission administrative agit sans tenir compte du refus d'approuver.

Le refus d'approbation revêt un caractère différent suivant que la délibération était assujettie à une véritable approbation ou au simple visa.

Nous savons que dans le premier cas, l'autorité de tutelle, saisie de la délibération, n'est liée à aucun délai, ni à aucune forme pour manifester sa volonté, et la Commission administrative n'a aucun moyen légal pour obliger l'autorité de tutelle d'agir. Par contre, en matière de visa, le Préfet, en vertu de l'article 8 de la loi du 7 août 1851, doit agir dans les trente jours de la notification de la décision, faute de quoi la délibération est exécutoire. Il ne peut empêcher la délibération de devenir exécutoire qu'en l'annulant expressément dans ce délai.

L'approbation (ou le visa) par l'autorité de tutelle constitue une condition de l'exécution de la délibération qui y est assujettie. Tant que la condition suspensive de l'approbation n'est pas réalisée, la délibération ne peut sortir son effet, ce qui ne veut point dire, d'ailleurs, qu'elle soit nulle ou inexistante (10).

§ 1. — En matière non-contractuelle

Tant que l'approbation n'est pas intervenue, la délibération ne peut entrer en vigueur et être invoquée pour justifier l'activité de l'administration. Il y a lieu d'en faire abstraction.

1° En matière de règlement, notamment, l'administration, qui voit refuser son nouveau règlement par l'autorité de tutelle, est tenue d'appliquer l'ancien qu'elle n'est pas habilitée à mettre hors vigueur sans l'approbation du Préfet. Il va sans dire qu'en cas de première réglementation d'un service ayant jusqu'alors fonctionné sans règlement écrit, le nouveau règlement pourra néanmoins servir de ligne de conduite pour l'administration. S'il s'agit de l'ouverture d'un nouveau service, l'administration ne saurait exécuter sa délibération, tant qu'elle n'a pas reçu l'approbation préfectorale.

Notons, en passant, qu'en fait, l'observation de ces prescriptions n'est assortie d'aucune sanction en dehors du domaine de la responsabilité. Que l'approbation intervienne ou non, seule la Commission administrative supportera la responsabilité au cas où elle exécute la délibération. Par contre, dans les rapports avec la victime, la responsabilité varie nécessai-

(10) Voir Maspétiol-Laroque, *op. cit.*, page 110.

rement suivant que l'approbation intervient ou non, du moins en matière de modification de règlement.

En effet, tant que l'approbation tutélaire n'intervient pas, l'application de l'ancien règlement, seul en vigueur, constitue un droit pour les personnes intéressées et, par conséquent, une obligation pour l'administration. Les intéressés sont fondés d'agir contre la Commission administrative pour obtenir réparation du préjudice résultant de son inapplication. Voilà une cause d'aggravation de la responsabilité. A titre de seule exception à cette règle, citons le cas où la modification avait pour effet de supprimer une disposition illégale de l'ancien règlement.

2° Quelle est la situation au cas où l'autorité de tutelle a refusé l'approbation, mais où, soit en raison de l'inexactitude des motifs, soit en raison de l'existence d'un véritable détournement de pouvoir le Conseil d'Etat annule l'acte de tutelle ? Il ne faudrait pas conclure de cette annulation, que la délibération est rétroactivement validée. L'annulation met à néant l'acte de tutelle. Mais le tribunal ne peut se substituer ensuite au Préfet, pour donner l'approbation. Il commettrait une ingérence dans l'administration. Le Préfet aura à statuer à nouveau et il s'inspirera dans l'exercice de son droit de tutelle de motifs d'opportunité, dont, en principe, le Conseil d'Etat ne peut connaître.

§ 2. — En matière contractuelle

La question est plus complexe en matière contractuelle.

Dans quelle mesure l'administration hospitalière sera-t-elle responsable envers son cocontractant au cas où le contrat n'a pas été validé par l'autorité de tutelle ?

1° Si le contrat n'a reçu aucune exécution, il est clair qu'aucune responsabilité ne peut incomber à l'établissement hospitalier du fait du refus d'approuver opposé par le Préfet, Le contrat n'a pu devenir définitif.

2° Mais que décider au cas où, sur l'ordre donné par l'administration, l'exécution du contrat a été entreprise ? — La

solution la plus simple consisterait à dire que l'entrepreneur, qui, malgré le défaut d'approbation, exécute des travaux ou fournitures pour le compte d'une administration placée sous tutelle, n'a qu'à s'en prendre à lui-même, si le paiement ne peut lui être fait, qu'en un mot, il agit à ses risque et péril (11).

Mais faudra-t-il tenir rigueur à l'entrepreneur d'avoir considéré comme régulier un ordre reçu de l'administration ? Le terme, en lui-même peu précis d' « autorisation régulière » se réfère-t-il à l'exigence de l'approbation par l'autorité de tutelle ? Ne signifie-t-il pas plutôt « ordre en due forme donné par l'administration » d'exécuter les travaux ? Nous penchons vers cette dernière interprétation.

En présence d'un ordre d'exécution donné par la Commission administrative, celle-ci doit être tenue pour responsable. Cette solution résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat (12). Elle diffère sensiblement de celle prévue en matière de minorité par l'article 1312 du Code civil (13).

Souvent une indemnité serait due de toute façon, en vertu de l'enrichissement sans cause dont a bénéficié l'administration.

Mais, ce ne sera pas une indemnité pour rupture de marché que pourra exiger l'entrepreneur évincé, car marché il n'y a. Ce ne sera pas le bénéfice manqué que lui devra l'administration, mais simplement le prix de revient des travaux faits, ainsi que le montant des débours de l'entrepreneur.

Cette solution peut sans hésitation être étendue à toutes autres situations contractuelles dans lesquelles l'administration commence l'exécution du contrat sans que l'approbation de

(11) L'ordonnance du 14 novembre 1837 prescrit d'ailleurs dans ce but : « Il sera toujours et nécessairement stipulé que tous les ouvrages exécutés par les entrepreneurs en dehors des autorisations régulières demeureront à la charge personnelle de ces derniers, sans répétition contre les communes ou les établissements. »

(12) C.E. 15 juillet 1888, p. 583, 14 février 1902, p. 117 ; voir également Conseil de Préfecture Grenoble, 24 juin 1927, O.P. 1928-3-25, décisions citées par Maspétiol, p. 110.

(13) Article 1312 du Code Civil :

« Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. »

l'autorité de tutelle soit intervenue. Mais il faut toujours supposer que le cocontractant n'ait commis lui-même aucune faute ou imprudence, et, notamment, que ce n'est pas de son propre mouvement, mais sur l'ordre de l'administration elle-même, régulièremenet donné, que l'exécution a lieu. Sinon il agit à ses risque et péril.

3° Mais rappelons que les délibérations sujettes à l'approbation de tutelle se rapportent tantôt à des conventions de droit privé, tantôt à des contrats et marchés administratifs. Or, en matière hospitalière, le contrat de droit privé est de loin le plus fréquent. Il en résulte que, dans la majeure partie des cas pratiques, les tribunaux ordinaires seuls peuvent connaître des difficultés qui s'élèvent à leur égard.

Or, rappelons encore que la Cour de Cassation persiste à appliquer en matière de tutelle administrative les principes de la tutelle de droit privé (14). Cette jurisprudence, qui méconnaît le sens véritable de la tutelle administrative, est des plus critiquables. Elle est en contradiction flagrante avec celle du Conseil d'Etat.

En matière de travaux publics, les tribunaux administratifs seront compétents, encore que la délibération prise par la Commission administrative n'ait pas reçu l'approbation préfectorale. Cette solution se dégage par voie d'analogie d'un arrêt du Tribunal des Conflits en date du 2 mars 1901 (15), intervenu à l'occasion de travaux décidés par un Conseil Municipal et exécutés sans autorisation de tutelle.

4° Nous n'avons considéré jusqu'ici que les relations existant entre les parties. Quelle est la répercussion du défaut d'approbation du contrat en cas de dommages causés aux tiers lésés ?

Il faut distinguer suivant que le travail a été exécuté en dehors de toute décision de la Commission administrative ou à la suite de pareille décision. Dans le premier cas, il y a voie de fait. D'où cette conséquence importante que le particulier

(14) Raisonnant par analogie, elle dira, par exemple, avec Hauriou : « Lorsqu'une personne administrative incapable a été engagée en dehors des formes et des autorisations requises, il existe à son profit une action en nullité analogue à celle de l'article 1305 » du Code Civil. (Voir Pépy, note Dalloz 1928-3-25.) Elle applique également l'article 1312 du Code Civil.

(15) D.P. 1901-3-47.

lésé devra agir en responsabilité devant les tribunaux ordinaires. Dans le second cas, tirant argument du fait que malgré le défaut d'approbation des délibérations, la jurisprudence administrative ne déclare pas nuls les engagements qui ont pu naître entre l'administration et l'entrepreneur, nous estimons que le tiers lésé ne doit pas être traité autrement qu'au cas où les engagements avaient été approuvés. En d'autres termes, il s'adressera au tribunal administratif s'il s'agit d'un marché administratif et au tribunal civil s'il s'agit d'un contrat de droit privé. Il semble que la Cour de Cassation elle-même ait accepté, aujourd'hui ce principe (16).

SECTION III

La responsabilité de l'autorité de tutelle en tant qu'elle limite celle de l'établissement public hospitalier

La responsabilité pécuniaire de l'autorité de tutelle à l'occasion des délibérations de la Commission administrative apparaît comme très exceptionnelle.

Il serait vain de la rechercher au cas où le Préfet approuve la délibération qui lui est soumise. L'autorité de tutelle, en effet, ne participe pas aux actes de la Commission administrative. Elle ne peut les modifier. A défaut d'initiative, elle n'encourt aucune responsabilité. Rationnellement, sa responsabilité ne se conçoit qu'au cas où, refusant l'approbation, elle empêche l'exécution de la délibération.

Le Conseil d'Etat n'a pas eu l'occasion, à notre connaissance, à se prononcer en cette matière. Il n'y avait là rien d'étonnant tant qu'il se refusait d'admettre même des recours en excès de pouvoir contre les décisions de tutelle. Mais sa jurisprudence a évolué sur ce point. L'inexactitude juridique ou matérielle des motifs allégués par le Préfet et le détournement de pouvoir par lui commis peuvent fonder un recours en excès de pouvoir.

(16) Voir son arrêt — Chambre Civile — du 19 juillet 1922, G.P. 1922-2-371.

En vue de faire apparaître l'intérêt qu'en pratique, cette question peut comporter, remarquons que l'inexécution des délibérations de la Commission administrative, due au refus d'approuver opposé par l'autorité de tutelle, peut, dans certains cas, entraîner des dommages pour les tiers. Il serait pour le moins injuste de faire peser la responsabilité sur l'établissement hospitalier, qui n'a pu les éviter, malgré sa bonne volonté, en raison de l'attitude adoptée par le Préfet.

La tutelle, au surplus, ne s'exerce pas dans le seul intérêt de l'établissement, mais dans l'intérêt de l'Etat. Les dommages causés dans l'intérêt général ne peuvent incomber qu'à l'Etat.

Depuis quelques années, le Conseil d'Etat, en déclarant recevables les recours en annulation contre les actes de tutelle entachés de détournement de pouvoir, a créé un domaine propice à l'éclosion de la responsabilité pécuniaire de l'autorité de tutelle.

Mais rappelons-nous que l'excès de pouvoir n'entraîne pas nécessairement faute de service, même en matière de détournement. L'exercice des droits de tutelle doit être affecté d'une faute de service caractérisée. Nous reviendrons à cette idée dans un instant.

Le cas de détournement de pouvoir est-il le seul qui puisse fonder une responsabilité de l'autorité de tutelle ? Nous estimons que cette responsabilité devrait pouvoir être invoquée même en dehors de l'excès de pouvoir, pour les négligences et manquements graves qui pourraient être imputés au Préfet. Nous avons rappelé, par exemple, que l'autorité de tutelle n'est liée à aucun délai légal en matière d'approbation proprement dite. Est-ce à dire que, même en cas d'urgence avérée, même en cas de péril dans la demeure, elle peut s'abstenir de répondre à la demande d'approuver la délibération, par laquelle la Commission administrative prend des mesures de sauvegarde urgentes et n'encourir aucune responsabilité, si, faute de pouvoir réaliser ces mesures, un dommage se produit, qui eût été parfaitement évitable ? Est-ce à dire que le Préfet, qui reconnaît avoir, par erreur, refusé d'approuver une délibération, pourrait refuser en droit d'indemniser les victimes de son erreur ?

Nous estimons que sa responsabilité devrait être engagée dès lors qu'il a commis, dans l'exercice de ses fonctions de tutelle, une faute d'une particulière gravité (17).

En somme, il faudra que la victime rapporte la preuve que le refus d'approuver opposé par le Préfet constitue une faute de service. Cela explique que l'action en indemnité ne peut réussir que dans de très rares cas.

La faute s'apprécie *in concreto,* compte tenu des circonstances dans lesquelles l'acte de tutelle intervient. Si, notamment, le dommage ne pouvait être prévu au moment de l'examen de la délibération prise par la commission administrative, si l'autorité de tutelle n'a pas été suffisamment mise au courant de l'affaire, si elle a été induite en erreur, il est difficile de faire retomber la responsabilité sur l'autorité de tutelle, car, après tout, l'initiative n'appartient qu'à la commission administrative. A elle d'attirer l'attention de l'autorité de tutelle sur l'importance et sur l'objet exact de ses délibérations.

Il faut, d'autre part, que la délibération soit elle-même régulière et remplisse toutes les conditions légales de forme et de compétence pour être approuvée, car le fait par l'autorité de tutelle de refuser l'approbation d'une délibération irrégulière ne pourra jamais constituer une faute, parce qu'elle ne dispose d'aucun moyen d'amender ou de réformer la délibération viciée.

Il est clair que toutes ces conditions sont de nature à rendre très rares les cas, dans lesquels les particuliers pourraient agir en indemnité contre l'autorité de tutelle.

Notons qu'en matière contractuelle, les délibérations prises par la commission administrative ne créent pas, en principe, de droits pour les cocontractants, tant que l'acte n'est pas approuvé par l'autorité de tutelle. Il en résulte que le refus d'approuver n'est pas de nature à créer un dommage à la charge du cocontractant, susceptible d'engager la responsabilité de l'administration (18).

Est-ce à dire que la responsabilité de l'autorité de tutelle ne pourrait naître en matière contractuelle ? Non, car les com-

(17) Voir Maspétiol-Laroque, p. 302.

(18) Voir en matière de frais d'adjudication : C.E. 16-7-1915, R.H. 1920, p. 194.

missions administratives sont parfois amenées à prendre des décisions relatives à l'exécution de contrats déjà approuvés par le Préfet. Le refus d'approuver ces décisions est suceptible de créer directement un dommage au cocontractant ou à l'administration hospitalière, et dans ce cas, la responsabilité de l'autorité de tutelle doit pouvoir être invoquée.

Il n'y a pas à notre connaissance de jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière. MM. Maspétiol et Laroque, qui admettent (19) la responsabilité de l'Etat pour les opérations de tutelle entachées d'illégalité, citent une jurisprudence où implicitement le Conseil d'Etat paraît avoir, à leur avis, admis le principe de cette responsabilité (20). Mais ils ne se font aucune illusion quant aux solutions auxquelles s'arrêterait cette juridiction, si elle était directement saisie d'une action en responsabilité contre l'autorité de tutelle. Suivant eux, « selon toute vraisemblance, le Conseil d'Etat considérerait la tutelle comme une de ces polices générales où la responsabilité de la puissance publique exige une faute particulièrement grave » (21). C'est dire que la jurisprudence invoquée ne peut fournir aucun argument en faveur de notre thèse.

(19) *Op. cit.*, p. 302.
(20) C.E. 13-7-28, D.H. 1928, p. 531 et 20-5-1904, S. 1906-3-109.
(21) Telle est d'ailleurs l'opinion exprimée par M. Delbez dans son article précité.

DEUXIÈME PARTIE

LES PARTICULARITÉS DE LA RESPONSABILITÉ VIS-A-VIS DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES EN RAPPORT AVEC L'ÉTABLISSEMENT HOSPITALIER

DEUXIÈME PARTIE

LES PARTICULARITÉS DE LA RESPONSABILITÉ VIS-A-VIS DES DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES EN RAPPORT AVEC L'ÉTABLISSEMENT HOSPITALIER

Les principes de la responsabilité de l'administration s'appliquent sans difficultés — nous venons de le voir — aux établissements publics hospitaliers. Mais ce n'est pas épuiser le problème de la responsabilité hospitalière que d'avoir montré cela. L'orientation donnée, il s'agit maintenant de la suivre pour aller au-devant des faits, de l'application.

D'abord, avons-nous dit, l'établissement public hospitalier doit agir dans les limites de la légalité. Ce principe mérite d'être examiné sous l'angle des dispositions diverses et particulières, prises par le législateur au sujet des différentes catégories de personnes intéressées à l'activité hospitalière.

Mais, en outre et d'une manière plus générale, il est indispensable, pour avoir une notion suffisante de la responsabilité des établissements publics hospitaliers, de constater comment dans les diverses branches de leur activité, il convient d'interpréter les faits en vue de l'application des principes. Cette interprétation, en effet, ne va pas sans difficultés.

Nous avons souligné dès l'introduction qu'il est impossible de standardiser la prestation hospitalière, du moins dans les rapports avec les usagers, et qu'il serait illusoire de concevoir la responsabilité hospitalière comme une sorte de sanction automatique de l'inobservation d'obligations précises et préétablies incombant à l'administration. Sans doute, la responsabi-

lité naît-elle par la faute, c'est-à-dire par l'activité contraire à ce qu'elle devrait être. Mais, comment devrait-elle être ? Quand et pourquoi y a-t-il faute ? Voilà précisément l'inconnue. Ne nous attendons donc pas à rencontrer un système de normes logiques, dont la violation, si elle cause un dommage, appelle automatiquement l'indemnisation. Rappelons-nous que la responsabilité administrative est basée avant tout sur l'équité ! Or, l'équité n'est-elle pas autant du domaine du sentiment que du domaine de la raison pure ! C'est l'appréciation de la faute qui constitue la difficulté essentielle du problème de la responsabilité transposé dans le domaine de l'application pratique. Où commence la faute ?

Est-ce à dire que l'opinion personnelle et intime, l'appréciation subjective et souveraine du juge crée ou anéantit la responsabilité d'une manière arbitraire au gré des circonstances ?

Il est certain que ce risque a historiquement existé en matière administrative, où, forte de sa prérogative de puissance publique, l'administration active, de même que la juridiction administrative, se dégage de l'étreinte du droit civil et affirme à l'égard des principes de droit eux-mêmes une certaine autonomie. On comprend que les juristes s'inquiétaient de voir s'évanouir les garanties du droit civil.

Mais, heureusement, la juridiction administrative a eu le bonheur d'acquérir assez d'indépendance envers l'administration active pour pouvoir tirer de cette souplesse du droit les avantages qu'en compensation de ces risques elle comporte. Le Conseil d'Etat a réalisé une œuvre à laquelle on ne saurait adresser le reproche d'être arbitraire.

Sa jurisprudence est une, grâce à sa propre unité. Son œuvre prétorienne comporte une doctrine et des principes de continuité, principes qui nous permettront, en matière hospitalière, d'étudier au moins dans les lignes générales, ce que doit le service public hospitalier et de relever les solutions intervenant habituellement dans les situations les plus fréquentes. Tel est l'objet de cette deuxième partie.

Cette étude devra être menée séparément pour les divers groupes de personnes intéressées à l'activité hospitalière : les

administrés, le personnel, les entrepreneurs et fournisseurs et les tiers. On s'étonnera peut-être de ne pas trouver dans cette énumération les usagers du domaine. Nous renvoyons sans hésitation, en ce qui les concerne, au droit privé, puisqu'ils ne peuvent avoir d'autre qualité envers l'administration que celle de contractants de droit privé, l'établissement public hospitalier n'ayant pas de domaine public. Ce sont les locataires, les fermiers, les acheteurs, les vendeurs, etc... du droit commun (1).

(1) Cependant, il faut faire une réserve au sujet de la nature administrative de certains actes accessoires de nature administrative, susceptibles, par conséquent, d'entraîner un contentieux administratif de l'acte. Ainsi, les litiges ayant leur source dans le vice des formes prescrites à l'administration pour ces actes (par exemple dans une irrégularité commise dans une adjudication à bail ou de vente de produits forestiers), restent bien entendu de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre administratif.

Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur cette matière de l'activité hospitalière, étant donné qu'elle ne comporte pas, au point de vue de la responsabilité encourue par l'administration de difficultés particulières.

TITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES USAGERS DU SERVICE

La variété de la population hospitalière ne nous obligera-t-elle pas à établir des sous-distinctions ?

En fait, l'administration hospitalière ne traite pas sur un pied d'égalité complète les indigents, les assurés sociaux, les accidentés du travail et les malades payants ou demi-payants. Il suffit de se reporter aux règlements intérieurs de ces établissements pour se convaincre que ces catégories constituent autant de classes distinctes au point de vue de la prestation même.

Par ailleurs, la variété des objets que les établissements publics hospitaliers sont appelés à réaliser, n'entraîne-t-elle pas nécessairement une grande diversité dans les prestations ! L'orphelin, le vieillard, l'aliéné, le malade du service médical ou du service chirurgical, la femme accouchée, etc., voilà autant de personnes fort dissemblables au point de vue de la prestation hospitalière.

Nous ne pouvons tenir compte, dans notre étude, des privilèges institués en faveur de certaines catégories d'usagers (payants, assurés sociaux, etc.) par la réglementation édictée par l'établissement. Nous n'entrerons pas, en d'autres termes, dans le domaine du règlement intérieur des établissements.

Soulignons simplement, à cet égard, que la Commission administrative, qui a édicté un règlement non illégal, doit l'exécuter et l'inexécution, si elle cause un dommage, donne lieu à la responsabilité de l'administration. Le particulier, en effet, qui ne peut exiger l'organisation et la réglementation d'un service public, a, par contre, un véritable droit au fonctionne-

ment de ce service, dans la mesure prévue par les règlements en vigueur, si toutes les conditions posées pour son fonctionnement (y compris les conditions financières) sont remplies.

Mais, si nous nous désintéressons du contenu des règlements particuliers des établissements, cela ne nous empêchera pas, par ailleurs, d'essayer de dégager de l'activité hospitalière les déficiences, les insuffisances, les fautes les plus habituelles, qui, indépendamment des prévisions du règlement, engagent la responsabilité de l'établissement envers tous les usagers sans distinction.

Relevons dès l'abord, en effet, que dans les relations de l'administration hospitalière avec ses usagers, seule la responsabilité pour faute est susceptible de jouer en pratique. Il résulte des explications, que nous avions l'occasion de donner sur les cas de responsabilité pour risque et pour enrichissement injuste, que seule la responsabilité pour le risque exceptionnel de voisinage pourrait à la rigueur être invoquée par les administrés. L'extrême rareté de ces cas nous engage, cependant, à nous en tenir aux explications que nous avons données à cet égard.

Notre étude aboutira ainsi à situer dans l'activité hospitalière proprement dite la faute de service. La faute personnelle de l'agent, elle, ne nous intéressera que dans la mesure où elle nous permettra de délimiter avec plus d'exactitude le domaine de la faute de service.

Avant tout, il importe de définir les relations juridiques liant l'usager à l'établissement. Comment, en effet, pourrait-on apprécier l'étendue des droits des usagers si l'on ignorait leur source, leur cause ?

Ensuite, tout en nous rappelant les raisons s'opposant à la détermination de règles *a priori*, dont l'inobservation entraînerait automatiquement la responsabilité de l'administration, nous rechercherons si, tout au moins, il n'est pas possible de formuler quelques directives permettant d'apprécier la responsabilité, de caractériser la faute de service.

Enfin, nous suivrons ces directives pour aboutir aux solutions de la responsabilité dans les divers aspects de la prestation hospitalière.

CHAPITRE X

LES RAPPORTS DE L'ADMINISTRATION HOSPITALIÈRE AVEC LES USAGERS

SECTION I

Les usagers de droit ou de fait et les intermédiaires entre les usagers et l'administration

Quels sont d'après le droit positif et en fait les usagers et les personnes s'interposant entre eux et l'administration ? Quelle est la nature juridique véritable des relations qui les lient à elle ? Quels sont leurs droits envers l'administration ?

§ 1. — Les catégories légales d'usagers

La clientèle confiée par la loi aux établissements publics hospitaliers est très variée. Elle ne l'était pas toujours. Longtemps la loi n'admettait que l'indigent, le pauvre. Nous ne revenons pas aux raisons qui ont amené l'évolution remarquable qui s'est produite dans la population hospitalière, raisons que nous avons exposées. En énumérant les catégories d'usagers dans l'ordre chronologique des textes légaux qui les régissent à l'heure actuelle, ne nous faisons pas l'illusion de retracer l'évolution de la population hospitalière elle-même. Ces textes n'ont pas tout innové, ils ont soit modifié des situations légales préexistantes, soit consacré des situations de fait.

Le besoin a été dans ce domaine comme dans bien d'autres antérieur à la loi et plus fort qu'elle. Nous savons, d'ailleurs, que malgré toute cette pléthore de législation d'assistance sor-

tie depuis cinquante ans à peine, il reste encore des situations de fait à régler et de légitimes besoins à satisfaire.

A vrai dire, les aliénés, les malades indigents, les enfants protégés et les pupilles de l'assistance publique, les vieillards et infirmes, etc... ont toujours été les clients des hôpitaux et hospices publics. Les lois spéciales qui les régissent aujourd'hui se sont bornées à leur donner un régime juridique, un statut plus conforme aux exigences du droit et de l'hygiène actuels. Une place à part doit être faite aux assurés sociaux, qui constituent une catégorie juridique toute nouvelle créée de toutes pièces par le législateur.

I. — *Aliénés* (1)

Le service des aliénés — nous l'avons vu — est à la charge du département. Il n'intéresse donc pas, en général, l'établissement public hospitalier. Mais, à défaut d'établissement départemental d'aliénés, l'article premier de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés autorise le département à traiter avec un établissement public en vue de recevoir et de soigner les aliénés.

L'admission des aliénés a lieu, conformément au titre II de la loi, soit sur l'ordre du Préfet, soit par placement volontaire. Elle est strictement réglementée avec tout un luxe de détail, de même, d'ailleurs, que la sortie de ces malades.

L'inobservation de ces formalités serait de nature à engager la responsabilité de l'établissement.

Abstraction faite des traités existant entre le département et l'hôpital quant à l'admission des aliénés du département, en vertu de l'article 24 de la loi, « les hospices et hôpitaux civils sont tenus de recevoir provisoirement les personnes (aliénés) qui leur sont adressées... jusqu'à ce qu'elles soient dirigées sur l'établissement spécial destiné à les recevoir... » Pour ces admissions l'établissement public de la commune où se trouve l'aliéné jouit du monopole.

L'article 31 de la loi impose à l'administration des obligations spéciales et, par conséquent, une responsabilité spéciale,

(1) Loi du 30 juin 1838 et ord. du 18 décembre 1839.

en prescrivant que la commission administrative de l'établissement hospitalier exercera à l'égard des personnes non interdites qui y sont placées les fonctions d'administrateur provisoire, à moins que le tribunal civil n'ait désigné un autre administrateur.

Remarquons que le service des aliénés n'est pas exclusivement réservé aux indigents, mais que la loi a prévu le paiement des frais d'entretien par les intéressés, ou leur famille, le département n'intervenant qu'en cas de carence (art. 28). En effet, le placement des aliénés n'est pas seulement un acte d'assistance, mais un acte d'ordre public au sens étroit. Mais il faut y ajouter une autre raison que nous avons soulignée dès notre introduction, à savoir la carence de l'initiative privée, carence particulièrement sensible en matière d'établissement d'aliénés.

A propos du placement des aliénés, l'établissement public hospitalier est susceptible d'entrer en relation avec toute une série de personnes : l'aliéné lui-même, les membres de sa famille, la personne ayant demandé le placement, le curateur, le Préfet, le procureur, etc... Pratiquement, il ne saurait être rendu pécuniairement responsable qu'envers les trois premières catégories.

II. — *Malades indigents* (2)

Ce sont les personnes qui, sous certaines conditions, sont admises dans les hôpitaux publics, parce qu'elles ne sont pas en état de payer les frais de pension et de traitement dans une maison de santé privée.

1) *Malades admis en vertu de la loi du 7 août* 1851.

La loi du 15 juillet 1893 a expressément maintenu en vigueur dans son article 25 l'article premier de la loi de 1851 (3).

L'hôpital est donc obligé d'admettre l'individu privé de ressources tombé malade, sans avoir la garantie de récupérer les frais d'entretien qu'occasionnera le malade. Toutefois, la

(2) Lois du 7 août 1851 et du 15 juillet 1893.

(3) Ce texte a la teneur suivante :

« Lorsqu'un individu privé de ressources tombe malade dans une commune, aucune condition de domicile ne peut être exigée pour son admission dans l'hôpital existant dans la commune. »

loi du 1er août 1919 prévoit que les frais d'entretien seront remboursés par le département, si la durée de l'hospitalisation dépasse 10 jours, à condition que le malade n'ait pas son domicile de secours dans la commune, siège de l'établissement hospitalier.

L'admission de malades en vertu de la loi de 1851 constitue le cas juridiquement le plus simple, l'un des rares cas où l'admission a lieu directement, sans intervention d'aucune organisation d'assistance, d'assurance, etc.

2) *Malades admis en vertu de la loi du* 15 *juillet* 1893.

L'article premier de cette loi dit :

« Tout Français malade, privé de ressources, reçoit gratuitement de la commune, du département ou de l'Etat, suivant son domicile de secours, l'assistance médicale à domicile ou, s'il y a impossibilité de le soigner utilement à domicile, dans un établissement hospitalier. »

Pour être admis à l'assistance hospitalière, il faut donc être privé de ressources et être Français (4).

Le domicile de secours, contrairement à ce qu'on pourrait admettre à la lecture de l'article premier, n'est pas une condition de l'assistance. Il constitue seulement l'élément servant à déterminer l'organisation d'assistance à laquelle incombera le paiement des frais d'entretien à l'hôpital. Les malades ne possédant pas de domicile de secours sont assistés de même que les autres, mais les frais restent à la charge de l'Etat.

La loi n'a précisé nulle part ce qu'il faut exactement entendre par « malades privés de ressources ». Elle permet ainsi une interprétation compréhensive et souple quant au cercle de ses bénéficiaires. Nous avons souligné l'extension progressive de ce cercle en comparant les termes des différents règlements-types des établissements hospitaliers successivement élaborés par le Gouvernement.

Un décret du 30 octobre 1935 a remplacé le domicile de secours communal par le domicile de secours départemental.

(4) L'article 1er prévoit d'ailleurs que les étrangers sont assimilés aux Français, s'il y a réciprocité de traitement en vertu d'un traité d'assistance passé avec leur nation d'origine.

La non-inscription dans la liste d'assistance ne constitue pas un obstacle à la prestation. L'article 20 de la loi prévoit, en effet, l'admission des indigents non-inscrits. Le but essentiel de la liste c'est, simplement, de constater et de fixer d'une façon définitive pour l'année en cours, sous réserve, bien entendu, des changements susceptibles de se produire dans la situation de fortune des intéressés, l'aptitude des personnes qui y sont inscrites à recevoir les secours prévus par la loi.

L'admission des malades a lieu soit sur présentation du certificat d'un médecin de l'assistance médicale contresigné par le président de l'organisation d'assistance.

Retenons pour le moment que les relations qui se forment entre l'établissement hospitalier et les organisations d'assistance intéressées, à propos de l'assistance médicale gratuite, ne visent que le fait de l'admission du malade et le paiement des frais d'entretien ; elles n'intéressent donc qu'à titre exceptionnel sa responsabilité pécuniaire. Par contre, cette responsabilité s'affirmera couramment dans les relations entre l'administration hospitalière et les malades eux-mêmes et leurs ayants-droit.

III. — *Accidentés du travail* (5)

En vertu de l'article 4 de la loi du 9 avril 1898, les accidentés du travail peuvent être admis dans les établissements publics hospitaliers.

Les frais d'entretien incombent au patron de l'accidenté dans la mesure fixée par la loi (6).

IV. — *Enfants assistés* (7)

En vertu de la désignation faite par le Préfet sur l'avis conforme du Conseil général, l'établissement public hospitalier est tenu de recevoir, en vertu de l'article 8 de la loi du 27 juin 1904, dans des hospices dépositaires les enfants assistés du département.

(5) Loi du 9 avril 1898.
(6) Voir art. 1er à 10.
(7) Loi du 27 juin 1904.

Le service des enfants assistés n'en reste pas moins à la charge du département. L'hôpital ne gère le dépôt que pour le compte du département.

La loi distingue les enfants placés sous la protection de l'autorité publique, qui comprennent les enfants secourus, les enfants en garde et les enfants en dépôt (8), et les enfants placés sous la tutelle de l'autorité publique, groupe dans lequel rentrent les enfants trouvés, les enfants abandonnés, les orphelins pauvres et les enfants délaissés, maltraités ou moralement abandonnés.

Il faut y ajouter, aujourd'hui, les pupilles de la Nation.

Les « enfants en garde » sont ceux qui, auteurs ou victimes d'infractions pénales, sont confiés à l'assistance publique soit par le juge d'instruction, soit par le tribunal pour enfants.

Par « enfants en dépôt » il faut entendre ceux qui sont temporairement admis dans le service des enfants assistés pendant l'hospitalisation ou la détention des parents.

L'admission de tous ces enfants a été strictement réglementée par la loi, à laquelle nous renvoyons. Retenons seulement qu'en principe elle est décidée par le Préfet, mais qu'en vertu de l'article 9 de la loi elle peut avoir lieu pour les enfants abandonnés en bas âge « à bureau ouvert », c'est-à-dire sans enquête préalable par l'hôpital gestionnaire lui-même.

Pour les enfants placés sous la tutelle de l'autorité publique, depuis la loi de 1904, cette tutelle n'est plus exercée par les commissions administratives des hospices dépositaires, mais par le Préfet ; de même la gestion des biens pupillaires. Cette innovation a entraîné une importante décharge quant à la responsabilité des établissements publics hospitaliers.

Le service des enfants assistés n'est pas exclusivement réservé aux indigents. La loi a elle-même prévu des cas de remboursement des frais (9), notamment pour les enfants placés sous la protection de l'autorité publique. C'est que la nécessité de la protection n'a pas nécessairement sa source dans une situation pécuniaire insuffisante des parents.

Les enfants trouvés ou abandonnés et les orphelins pauvres,

(8) La première de ces catégories ne nous intéresse, d'ailleurs, pas ici.
(9) Article 17, etc...

par contre, sont des indigents. Ici, le motif de l'indigence est à la base de la protection.

V. — *Vieillards, infirmes et incurables* (10)

L'article premier de la loi du 14 juillet 1905 modifié par l'article 35 de la loi du 31 décembre 1907 a la teneur suivante :

« Tout Français privé de ressources, soit âgé de plus de 70 ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable qui le rend incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence, reçoit aux conditions ci-après, l'assistance instituée par la présente loi. »

Le service est réservé aux indigents, mais, de même que les assistés médicaux de la loi de 1893, les vieillards, infirmes et incurables ont bénéficié d'une interprétation très large des termes « privé de ressources ». Il suffit pour être admis qu'ils justifient ne pouvoir au moyen de leurs revenus payer les frais dans une pension privée.

Les autres conditions sont la nationalité française et l'âge de 70 ans, respectivement une infirmité ou une maladie incurable entraînant l'incapacité de gagner la vie.

De même que le service d'assistance médicale gratuite, le service des vieillards et incurables est placé sous la direction du Préfet. C'est le Conseil général qui désigne les hospices chargés de recevoir les vieillards, infirmes, etc...

Tous les ans, le bureau d'assistance établit la liste d'assistance, suivant le domicile de secours des intéressés.

Les frais d'entretien se répartissent entre la commune, le département et l'Etat.

Le service des vieillards et infirmes est-il exclusivement réservé aux indigents par la loi ? Vu les termes de l'article premier de la loi, la situation des pensionnaires payants est comparable à celle des malades payants.

VI. — *Titulaires de carnets d'invalide militaire*

L'article 64 de la loi du 31 mars 1919 dispose que les titu-

(10) Loi du 14 juillet 1905.

laires de carnets d'invalide militaire peuvent se faire admettre aux frais de l'Etat dans les établissements publics hospitaliers.

VII. — *Assurés sociaux* (11)

Dans la variété des modes d'admission et de paiement des frais d'entretien, qui caractérise la population hospitalière, il faut mettre à part les assurés sociaux apparus en dernier lieu. L'hôpital n'entre pas directement en rapport avec ces malades, mais avec une personne interposée, à laquelle incombe le paiement de la majeure partie des frais et en cela la situation des assurés sociaux ressemble à celle des autres usagers ; mais ce qui distingue les assurés sociaux de tous les autres malades hospitalisés c'est, d'une part, que leur admission a lieu en vertu d'une véritable convention passée entre l'hôpital et cette personne interposée, la caisse d'assurance sociale, convention librement consentie de part et d'autre ; c'est, d'autre part, que l'assuré social lui-même doit prendre à sa charge une quote-part mathématique des frais, imposée par le législateur lui-même, bien qu'aucune convention n'intervienne directement entre l'établissement public hospitalier et ce malade.

Quant aux particularités de l'organisation d'ensemble de l'assurance sociale, nous renvoyons au texte très détaillé de la loi. Mais nous devrons dire quelques mots sur l'organisation de la prestation hospitalière faisant partie de la prestation de l'assurance-maladie.

L'article 4 précise que l'assurance-maladie couvre entre autres les frais d'hospitalisation, de traitement et de consultation.

L'assuré participe au tarif de responsabilité fixé par convention entre la caisse et les syndicats professionnels dans une mesure variant entre 15 et 20 %. En outre, il supporte les frais d'hospitalisation en tant qu'ils dépassent le tarif de responsabilité. A défaut de pareilles conventions, les caisses peuvent soit prendre à leur charge une part forfaitaire du prix de tout acte médical, soit verser à l'assuré malade une indemnité journalière. Mais ce dernier système n'est pas admis pour l'hospi-

(11) Lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930.

talisation et intéresse donc les établissements publics hospitaliers tout au plus pour la consultation.

Pour l'hospitalisation, de même que pour la consultation, les caisses d'assurance sociale ont le choix entre deux solutions: ou bien elles ouvrent elles-mêmes des dispensaires, cliniques, établissements de cure et de prévention, ou bien elles passent des contrats avec des établissements publics ou privés existants. Nous avons mentionné plus haut les critiques qu'a soulevée non sans raison dans les milieux hospitaliers la trop grande largesse dont le législateur a fait preuve envers les caisses d'assurance en ne leur imposant pas une collaboration véritable avec les établissements publics existants et en leur permettant de devenir leurs concurrents.

Les caisses enverront donc — si elles veulent bien — leurs malades aux établissements publics hospitaliers et cela en vertu d'un contrat. Mais les malades devront eux-mêmes à l'hôpital une partie du prix de journée, situation compliquée qui ne manque pas de rendre plus délicate la question de la responsabilité.

§ 2. — La population de fait des établissements publics hospitaliers

En examinant le principe de la spécialité dans son application aux établissements publics hospitaliers, nous avons cru pouvoir affirmer que les services de malades payants et les consultations payantes des hôpitaux publics n'ont rien d'illégal, si certaines conditions se trouvent remplies.

Rappelons-les d'un mot. Il faut :

1° que l'admission des malades payants réponde à un besoin que l'entreprise privée ne satisfait pas ou qu'elle satisfait mal et que l'établissement n'entre pas sans raison majeure d'intérêt public en concurrence avec les maisons de santé et les praticiens ;

2° que la dotation patrimoniale de l'établissement reste affectée dans la mesure du besoin à l'exécution des lois d'as-

sistance, l'admission de payants ne pouvant avoir lieu qu'à titre accessoire ;

3° que l'admission des payants ait été réglementée par la commission administrative de l'établissement hospitalier.

On peut distinguer plusieurs types de malades payants dans les établissements publics hospitaliers, suivant qu'ils sont admis soit en salle commune, soit dans des services communs, mais en chambre particulière, soit dans des services spéciaux de payants.

1° *Malades payants admis en salle commune.* — Ces malades sont traités sur un pied d'égalité absolue avec les malades indigents, au milieu desquels ils sont placés. Ils sont régis par le même règlement intérieur, soignés par le même personnel. Ils reçoivent des soins identiques aux leurs et ne bénéficient d'aucun confort particulier.

La seule différence avec les indigents réside dans le fait qu'ils paient eux-mêmes leurs frais d'entretien suivant un tarif prévu au règlement. Généralement, ce tarif est à peine égal au prix de revient.

Cette catégorie de malades payants, les « petits payants », ou « semi-indigents », peut être considérée comme le résultat de l'extension de la notion d'indigence.

2° *Payants admis dans les services communs, mais en chambres particulières.* — Admis dans les services communs, ils sont soumis aux mêmes règlements que les autres usagers. Mais ils se distinguent d'eux, d'une part, par le paiement des frais et, d'autre part, par un confort et une nourriture souvent plus raffinés. Le personnel est généralement le même et le malade ne peut choisir d'autres médecins que ceux du service. Ces malades payent généralement le montant intégral du prix de revient.

3° *Malades admis dans des services spéciaux de payants.* — Les services spéciaux de malades payants sont gérés sur la base d'un règlement propre. Le service offre un certain confort. Le personnel est, le plus souvent, spécialement affecté à ce service. Souvent, ces malades peuvent librement choisir

leur médecin. Il n'est pas rare que le tarif prévoit des prix de journée supérieurs au prix de revient.

Au point de vue budgétaire, les services de malades payants ne sont pas gérés indépendamment des autres services de l'hôpital. Les recettes ne sont pas spécialement affectées au service des malades payants, mais se confondent avec celles de l'établissement tout entier.

Rappelons que les trois situations que nous venons de décrire se présentent également pour les pensionnaires, vieillards, infirmes et incurables dans les maisons de retraite.

§ 3. — Les intermédiaires entre les usagers et l'administration et les ayants-droit des usagers

Le malade n'est pas un individu isolé placé en face de l'administration hospitalière. Des catégories de personnes fort diverses l'entourent pour le soutenir, personnes qui sont amenées à entrer en relation avec l'administration elle-même. Il faut citer d'abord les membres de la famille de l'intéressé, ensuite les personnes chargées à un titre quelconque à le représenter dans les actes juridiques qui le concernent et, enfin, les organisations d'assistance ou d'assurance tenues d'intervenir pour lui assurer les soins prescrits par la loi et les règlements ou dus en vertu de conventions. Précisons rapidement ces trois catégories de personnes.

I. — *Parents de l'usager*

Les parents intéressent l'administration hospitalière à deux points de vue. D'une part, l'article 5 de la loi du 7 août 1851 l'a subrogée dans la créance de rente alimentaire du malade envers les membres de la famille suivant les articles 205 et s. du Code civil, subrogation qui, d'ailleurs, constitue un moyen de couverture classique en matière d'assistance, puisque toutes les grandes lois sur l'assistance actuellement en vigueur l'insti-

tuent en faveur de l'administration supportant les dépenses d'assistance (12).

Ce point de vue, d'ailleurs, ne nous intéresse guère dans l'étude de la responsabilité de l'administration.

D'autre part — et à ce second point de vue, un rapport direct entre le parent et l'administration hospitalière ne naît qu'éventuellement — en cas de faute de l'administration, celle-ci peut être rendue responsable par le parent du malade, si un dommage en est résulté pour lui. L'exemple le plus typique est constitué par l'action des enfants mineurs d'un malade soutien de famille en cas de décès par la faute de l'administration. Ce point de vue intéresse notre étude.

Certaines lois ont spécialement réglementé les droits des parents dans certaines situations particulières, droits que l'administration est tenue de respecter sous peine d'engager gravement sa responsabilité. Un exemple intéressant en est fourni par l'article 14 de la loi du 30 juin 1838 qui dispose que l'époux ou l'épouse des personnes retenues dans un établissement d'aliénés, ainsi que les ascendants ou les descendants peuvent requérir la sortie de ces personnes, requête à laquelle il doit être donné suite si le médecin est d'avis que l'état mental du malade ne compromet pas l'ordre public. Nous traiterons de la responsabilité de l'administration envers les membres de la famille de l'administré en étudiant la responsabilité de l'établissement public hospitalier envers les tiers en général.

II. — *Personnes entrant en rapport avec l'administration hospitalière en vertu d'un principe de représentation juridique de l'usager.*

Les usagers incapables sont, naturellement, représentés dans leurs rapports avec l'administration hospitalière, de même que dans les autres actes de la vie juridique, par leur représentant légal : les mineurs par leur tuteur, les femmes mariées par leur mari, en tant que l'acte en question tombe dans le domaine de l'incapacité, les aliénés par leurs curateurs, etc.

(12) Voir art. 27 de la loi du 30 juin 1838, art. 2 de la loi du 15 juillet 1893, art. 5 de la loi du 14 juillet 1905, etc...

Mais le représentant légal de l'administré n'entre pas personnellement en relation avec l'administration hospitalière, puisqu'il n'agit qu'aux lieu et place de l'administré.

La même observation vaut pour tous autres représentants de l'usager agissant soit en vertu d'un mandat, soit comme gérants d'affaïres.

Il faut ajouter, cependant, que dans certains cas, le représentant peut être personnellement responsable envers l'administration s'il a commis une faute entraînant un dommage pour l'administration.

Il est plus difficile — et c'est le seul point de vue qui nous intéresse ici — d'imaginer un cas de responsabilité de l'administration envers la personne du représentant.

III. — *Organisations d'assistance ou d'assurance*

Nous avons eu l'occasion de relever que la plupart des assistés (13) ne sont pas admis d'une manière directe à l'établissement hospitalier, mais qu'ils lui sont adressés par l'organisation d'assistance compétente. Tous les assurés sociaux, de même, sont dirigés sur l'hôpital par la caisse d'assurance compétente.

L'établissement hospitalier est ainsi appelé en vertu des prescriptions de la loi elle-même d'entrer en relation directe avec les organisations d'assistance et d'assurance.

Il n'est pas douteux que ces relations sont susceptibles d'entraîner une responsabilité de part et d'autre.

Quant aux relations s'établissant entre les caisses de malades et les établissements hospitaliers, les principes de la responsabilité sont parfois réglés d'un commun accord dans la convention même qui est conclue entre les organes intéressés.

(13) Assistés régis par la loi de 1893, vieillards et incurables, enfants assistés, etc...

SECTION II

La nature des rapports juridiques entre l'administration hospitalière et ses usagers, leurs représentants et ayants-droit

Le moment est venu de dresser la liste des relations, dans lesquelles entre l'établissement hospitalier avec ses usagers et avec toutes ces personnes satellites gravitant autour d'eux, liste qui permettra de faire dans ces relations la part du droit administratif et celle du droit commun.

Dans un régime de droit, les relations entre l'établissement public hospitalier et l'usager ne peuvent être que de deux sortes : elles peuvent soit relever directement de l'institution, soit résulter de la convention intervenant entre les deux parties. Nous avons observé qu'en matière administrative, les situations institutionnelles constituent la règle et les situations contractuelles l'exception. Ce n'est pas la convention, mais le « bloc de la légalité administrative » — comme s'exprimait Hauriou — qui détermine la situation de l'usager. L'ensemble des lois et règlements constitue en principe le statut de ses droits et obligations.

Une convention qui serait passée entre l'administration et l'usager ne pourrait, en principe, modifier les relations telles qu'elles ont été conçues par cette réglementation. Pareille convention ne pourrait intervenir utilement que dans des domaines non réglementés et dans ceux des domaines réglementés où interviennent exceptionnellement les principes du droit privé (service public industriel). Sous le bénéfice de cette observation, nous pouvons, maintenant, examiner la nature des relations qui se forment avec chacun des groupes de personnes énumérées dans la précédente section.

§ 1. — Les relations entre l'établissement hospitalier et ses usagers

I. — *Situations réglementaires*

1) *Usagers visés par la loi.*

Toutes les catégories bénéficiaires du service hospitalier qui ont un statut légal — une forte majorité, par conséquent — sont liées à elle par des rapports juridiques exclusivement commandés par l'institution. L'admission n'est nullement précédée d'une convention mettant le bénéficiaire sur un pied d'égalité avec l'administration. Le malade admis ne fait que profiter de son statut qui préexistait à sa maladie et qu'il ne lui appartient pas de modifier. Tel est le cas des aliénés admis en vertu de la loi de 1838, qu'ils soient admis d'office ou à la requête de particuliers, tel est le cas aussi des indigents admis soit en vertu de la loi de 1851, soit en vertu de la loi de 1893, des enfants assistés ou protégés admis conformément à la loi de 1904, des vieillards et incurables admis en exécution de la loi de 1905, et des invalides militaires qui demandent leur admission au titre de l'article 64 de la loi du 31 mars 1919 ; tel est le cas, enfin, des assurés sociaux bénéficant des dispositions des lois de 1928 et 1930.

Remarquons, d'ailleurs, que l'établissement de contrats avec ces personnes ne se concevrait pas pour cette raison que ces administrés ne se font pas admettre eux-mêmes. Tous les bénéficiaires des lois d'assistance, à l'exception des indigents admis en vertu de la loi de 1851, sont « adressés » à l'établissement hospitalier par des personnes intermédiaires (voir plus haut).

L'on serait tenté d'admettre que les formules de déclaration que, lors de l'admission dans certains hôpitaux, l'on présente aux malades, constituent de véritables contrats d'admission. Il n'en est rien. Ces déclarations sont de simples avis aux malades ayant pour but de leur rappeler certaines prescriptions du règlement, prescriptions qui s'imposent au malade et dont,

par conséquent, il doit avoir connaissance. Il ne peut d'ailleurs ni les discuter, ni les rejeter. Au surplus, dans ces avis il n'est pas question des prestations dues par l'administration.

Enfin, remarquons qu'un contrat valable indépendamment d'un règlement ne pourrait intervenir entre le malade et l'agent réglant les formalités d'admission. Seule la commission administrative elle-même a qualité pour conclure des contrats liant l'administration hospitalière. L'agent, lui, se borne à appliquer un règlement sans rien y ajouter, ni retrancher.

On voit mal quelle serait l'utilité d'un contrat, qui ne pourrait de toute façon que répéter les prescriptions du règlement intérieur.

Sans doute, au moment de l'admission, l'usager accomplit-il un acte de volonté. Il demande à profiter du service public hospitalier. Mais de là il y a loin au contrat. C'est, au contraire, un acte de soumission au pouvoir réglementaire de l'administration.

Pour les usagers bénéficant d'un statut légal, aucun doute n'est donc possible quant à la nature institutionnelle des relations qui les lient à l'établissement hospitalier.

2) *Usagers admis par le règlement hospitalier.*

La question est bien moins simple pour les malades et pensionnaires et pour les consultants payants. En l'absence de toute réglementation légale, ne faut-il pas s'attendre à ce que l'administration hospitalière passe avec ces malades de véritables contrats ?

Telle a été longtemps la solution dominante. Une circulaire ministérielle (14) précisait que les stipulations intervenant entre les hospices et les pensionnaires payants et leurs bienfaiteurs constituent des actes synallagmatiques, des contrats commutatifs rentrant dans la définition de l'article 1104 du Code civil.

Actuellement encore la jurisprudence judiciaire se prononce parfois dans le même sens.

(14) Circulaire du Min. de l'Intérieur du 26 juillet 1833 rendue sur avis conforme du Conseil d'Etat du 12 juin 1833.

Mais cette solution ne saurait plus être défendue dans l'état actuel de notre droit administratif.

1° *Intérêt de la question.* — Rendons-nous compte dès l'abord des graves inconvénients qu'entraînerait pour l'administration hospitalière la solution contractuelle. De très sérieuses raisons pratiques militent, en effet, en faveur de l'assimilation des malades payants aux usagers expressément admis par le droit positif. Admettons un instant que dans un service commun, les malades payants soient admis en vertu d'une véritable convention de droit privé. Si vraiment il y a convention privée, ne faut-il pas admettre que le personnel entrant en rapport avec ces malades devra être rendu responsable, de même que l'établissement lui-même, dans les termes du droit privé, que seuls les tribunaux de droit commun à l'exclusion des tribunaux administratifs seront compétents pour connaître des actions en responsabilité intentées, le cas échéant, par ces malades contre l'établissement hospitalier et ses préposés et que ces tribunaux jugeront suivant les principes de la responsabilité contractuelle ?

Or, les conséquences en seraient déplorables. Ainsi, il arriverait que deux voisins de lit, l'un indigent, l'autre malade payant, subissant le même dommage à la suite de la même faute, devraient s'adresser à deux juridictions distinctes jugeant, précisément en matière de responsabilité, suivant des points de vue et moyennant des principes totalement différents. Il arriverait que dans l'un des procès, l'agent de l'administration, au fait duquel est imputé le dommage, ne pourrait être personnellement mis en cause parce qu'il n'y aurait pas faute personnelle dans le sens administratif, alors que dans le procès engagé devant le tribunal ordinaire par le malade payant, voisin de l'autre, le même agent pourrait être pécuniairement condamné pour la même faute. Il en résulterait un fâcheux dédoublement dans la personne même de l'agent qui, à l'occasion d'un seul et même acte, apparaîtrait tantôt comme un agent du droit administratif, tantôt comme un simple préposé du droit commun, dédoublement qui impliquerait une véritable contradiction.

Ce même inconvénient existerait dans les services spéciaux de malades payants, si le personnel n'était pas exclusivement affecté à ce service ou s'il devait à tout moment pouvoir être interchangé avec le personnel d'autres services. La possibilité d'échanger le personnel des établissements hospitaliers constitue, en effet, une nécessité.

Au fait, y a-t-il des raisons sérieuses d'accorder aux malades payants une situation contractuelle telle qu'ils la trouveraient dans les maisons de santé privées ? Telle est la question qu'il faut maintenant examiner.

Mettons à part les payants irrégulièrement admis, c'est-à-dire ceux qui trouveraient leur place dans les maisons de santé et qui sont admis en dehors du règlement à l'hôpital. Ce sont, par hypothèse, de simples co-contractants de l'administration.

2° *Indifférence des caractères particuliers des malades payants quant à la solution.* — Les principales différences de situation entre les usagers admis par la loi, et les malades payants sont, d'une part, l'absence de règlementation législative pour ceux-ci et, d'autre part, la prise en charge des frais d'hospitalisation, etc... par le malade même, et par conséquent l'existence d'un acte de volonté accompli par le payant au moment de l'admission.

Malgré le silence de la loi, le malade payant peut être admis à l'hôpital. Mais il faut que le règlement de l'établissement le prévoie. Le défaut de règlementation législative, dans notre droit, ne constitue pas un obstacle à l'extension des services publics, si la règlementation administrative intervient pour combler la lacune législative, le besoin étant, d'ailleurs, constaté. Or, la réglementation administrative, dans la mesure où elle n'est pas contraire à la loi, a au point de vue de l'action administrative la même valeur que la loi elle-même. Le défaut d'une loi sur l'admission de malades payants ne permet donc aucune conclusion quant à la nature des relations se formant entre l'établissement et le payant.

Le paiement des frais par le malade payant n'a pas non plus cette vertu de transformer en une convention de droit privé ce que, en principe, nous avons reconnu comme consti-

tuant un statut. Du moment que le montant de ce paiement ne résulte pas de tractations entre l'établissement et le malade, mais d'un tarif unilatéralement fixé par l'administration, il n'est pas possible de conclure qu'il constitue une prestation conventionnelle, il faut, au contraire, lui attribuer le caractère d'une redevance administrative.

Ce caractère n'a, malheureusement, pas toujours été aperçu dans les discussions très vives qui se poursuivent depuis quelques années entre les milieux hospitaliers et les milieux de praticiens, autrement des erreurs comme celle que nous allons maintenant signaler n'auraient pu se produire.

L'idée aussi fausse que courante qui a souvent brouillé ces discussions consiste à dire que l'établissement doit, dans tous les cas, exiger que le malade payant soit chargé d'un prix de journée supérieur au prix de revient, parce que les hôpitaux ne peuvent employer leur dotation qu'en vue de l'exécution des lois d'assistance. La dotation, en effet, constitue le patrimoine des pauvres. Mais il est clair que le mobile véritable qui a inspiré cet argument invoqué — surtout par les syndicats médicaux — contre l'admission de malades payants c'est l'esprit de concurrence. Il est facile de se rendre compte, en effet, que de la nécessité de respecter les droits des indigents, il ne découle aucunément la nécessité de fixer un prix de journée de malade payant supérieur au prix de revient. Sans toucher au patrimoine des pauvres, l'hôpital peut, si le nombre des lits est suffisant, recevoir des malades payants, soit en leur demandant exactement le prix de revient, soit en leur demandant moins, le reste étant couvert par les revenus de fondations faites pour les malades payants ou par des subventions, soit en affectant aux payants le surplus de la dotation, les obligations résultant des lois d'assistance étant, par ailleurs, satisfaites.

Il ne faut pas perdre de vue, d'un autre côté, que l'administration publique ne doit faire acte de commerce. Nous renvoyons à ce sujet aux explications que nous avons données. Malgré les recommandations contraires données par les milieux de praticiens et — voilà qui est plus surprenant — par diverses circulaires ministérielles, les établissements hospita-

liers ne doivent pas exiger pour les malades payants des prix de journée supérieurs au prix de revient dans l'ensemble.

Mais, le feraient-ils, quelle en serait la sanction ? Ce serait, croyons-nous, l'annulabilité pour excès de pouvoir et, non pas, le changement radical de la nature juridique des rapports existant entre le malade et l'établissement.

Le paiement des frais par le malade ne permet aucune conclusion quant à la nature de ses rapports avec l'administration. Il ne transforme nullement l'acte administratif en acte contractuel du droit privé.

Comment aurait-il cette vertu, alors qu'aujourd'hui l'établissement public hospitalier récupère pour la plupart de ses usagers un prix de journée qui se rapproche sensiblement de ses frais effectifs (assistés médicaux, enfants assistés, vieillards, aliénés, etc.) et que les tribunaux reconnaissent sans difficulté que les services des assistés, vieillards et aliénés sont des services de nature purement administrative. Le paiement étant devenu la règle, comment pourrait-on y voir la cause d'une situation exceptionnelle !

Il est, d'ailleurs, reconnu que le service public gratuit n'est pas défendable dans certains services administratifs ne s'adressant qu'à certaines personnes, par exemple les malades hospitalisés, parce qu'il tendrait à créer l'inégalité entre les contribuables, si les frais étaient couverts au moyen de l'argent de tous, de l'impôt notamment. Il est juste que, dans ces cas, les frais soient répartis entre les seuls usagers du service, mais il n'y a aucune raison d'en conclure à l'existence de relations contractuelles de droit privé.

Il faut dire que les frais d'hospitalisation réclamés aux malades payants en vertu du règlement ont la nature de redevances dues comme contrepartie du service rendu à l'usager, c'est-à-dire, d'une dépense faite par l'administration, redevance qui doit être la même pour tous et qui ne peut sans illégalité excéder notablement cette dépense (15).

On pourrait essayer d'invoquer, enfin, le fait que le malade payant exerce, en se faisant admettre, un acte de volonté susceptible d'être interprété comme une acceptation de nature

(15) C.E. 4 mai 1934, Revue du droit public 1934, page 443.

contractuelle. Mais cet argument ne serait pas plus probant que les deux autres. Le payant n'accepte pas de contrat pour la simple raison que l'administration ne lui en offre pas. Son initiative se réduit à demander la permission de pouvoir profiter du service public. Le fait de l'administration de faire droit à cette demande ne suffit pas pour créer des rapports contractuels entre l'individu et l'administration. D'ailleurs, cette sorte d'initiative prise par le malade payant n'a rien d'original. Nous avons noté que l'indigent lui aussi « se fait admettre ». Il n'y est pas plus contraint que le payant. La différence consiste en ce qu'il doit adresser sa demande au service d'assistance compétent, tandis que le payant s'adresse directement à l'hôpital, différence inopérante au point de vue qui nous occupe. De même que l'indigent, le payant ne peut entrer en pourparlers avec l'administration au sujet des conditions de son hospitalisation, cette question étant unilatéralement « arrêtée » par la commission administrative, c'est-à-dire imposée par le règlement, qui est impersonnel et non susceptible de discussion.

Le concept « règlement » n'est pas réductible au concept « contrat ». Ce sont deux termes antinomiques. Il n'est pas sans intérêt de remarquer à cette occasion que le prétendu « contrat » administratif n'est au fond qu'une juxtaposition de normes contractuelles et de normes règlementaires. La même norme ne peut avoir les deux caractères à la fois.

En terminant ces explications, soulignons que dans les services hospitaliers où le législateur a lui-même prévu l'admission à titre payant, la jurisprudence assimile sans hésitation les payants aux indigents au point de vue de la nature réglementaire de leurs rapports avec l'administration. Ainsi, en ce qui concerne les aliénés payants, dont l'admission est prévue par la loi de 1838, la jurisprudence judiciaire a reconnu sans difficulté, que de même que les indigents, les payants sont placés sous un régime règlementaire et non contractuel (16).

Le Conseil d'Etat, dans les recours en indemnité dirigés

(16) Voir en ce sens Cour d'Appel Nîmes, 3 juillet 1933, R.E.B. 1934, page 244 et R.H. 1933, page 648 : la Cour s'exprime comme suit : « ... C'est vainement que les intimés prétendent distinguer dans cette personnalité morale deux aspects et deux faces correspondant à des obligations et à des attributions différentes et à des responsabilités distinctes administrative ou judiciaire, selon que l'asile détient ou soigne les aliénés non payants ou des malades payants... ».

contre les établissements publics hospitaliers, dont il a été saisi par des malades payants, s'est toujours basé sur la théorie administrative de la faute. Il a ainsi, implicitement, rejeté d'emblée la thèse suivant laquelle le malade payant aurait des droits de nature contractuelle envers l'administration hospitalière.

Si la nature des relations entre le malade payant et l'établissement ne résulte pas des caractères distinctifs du malade payant, elle ne peut être appréciée qu'au regard des principes généraux de l'action administrative, tels que nous avons essayé de les dégager.

3° *Solution dictée par les principes de l'action administrative.* — En matière d'organisation du service, l'administration n'est pas libre de choisir entre les modes d'action de personne privée et les modes d'action administratifs. Les uns ou les autres lui sont imposés par la nature de l'acte qu'elle se propose d'accomplir. Or, l'admission de malades payants ne constitue pas, nous l'avons vu, un caprice de l'administration. Répondant à un véritable besoin, elle suppose la mise en œuvre du pouvoir règlementaire appartenant à la commission administrative, c'est-à-dire de la prérogative de puissance publique dans sa forme la plus tangible.

Nous n'avons pas à nous étendre à nouveau sur ces considérations majeures que nous avons faites en examinant la question de la gestion privée du service public hospitalier.

Rappelons simplement qu'au point de vue matériel et, par conséquent, au point de vue de la compétence, il n'y a aucune différence de nature entre les usagers admis par la loi et ceux reçus en vertu de la règlementation administrative.

Nous concluons que le malade payant doit être considéré comme un usager du service public hospitalier. Il n'est pas admis à la suite de tractations contractuelles, mais en vertu d'un principe d'assistance ou de protection issu de l'utilité publique. Il n'a pas un contrat, mais un statut.

Seulement, ce statut ne résulte pas de la loi. Il est édicté par l'administration elle-même, en vertu de l'article 8 de la loi de 1851. Une fois le règlement arrêté et approuvé par l'autorité de tutelle, il prend la valeur d'une règle de droit obligatoire qui

ne peut être modifiée qu'en vertu d'une nouvelle délibération de la commission administrative suivie d'une nouvelle approbation préfectorale.

En dernière analyse, le malade payant est un usager au même titre que l'indigent, à condition que la commission administrative ait réglementé la situation des payants en général.

II. — *Situations contractuelles*

Dans tous les cas où les conditions de la situation statutaire ne sont pas remplies, il faut nécessairement conclure à la situation contractuelle.

En somme, le critère consiste dans l'existence d'un règlement en due forme. Toutes les autres restrictions que nous avons cru devoir relever en l'état actuel de notre droit quant à l'admission de malades payants n'atteignent pas la nature de la relation qui se forme entre le malade et l'établissement, mais uniquement la légalité de l'admission, légalité qui, elle, est sanctionnée par le recours juridictionnel en annulation pour excès de pouvoir. Telle est, quant à l'interdiction de faire des actes de commerce, la solution donnée par Thaller qui écarte la compétence des tribunaux de commerce dans les cas où l'Etat a fait acte de commerce. Telle est la solution, également, au cas où des malades payants ont été admis au détriment de malades indigents auxquels l'hôpital doit rester réservé en première ligne.

Les situations contractuelles caractérisent ainsi les admissions par voie de fait. Il y a contrat par le fait même qu'il n'y a pas de règlement, précisons : par le fait même qu'aucun des éléments essentiels du service et des rapports entre l'administration et le client n'est imposé par voie de règlement.

Il s'agit bien ici de contrats de droit commun. Il serait stérile de vouloir interpréter ces conventions généralement tacites comme des contrats de nature administrative, puisque, par hypothèse, l'idée de puissance publique s'en trouve complètement exclue.

Pour qu'il y ait contrat privé, il faut donc et il suffit que l'administration se soit volontairement placée en dehors de

son propre règlement pour arrêter d'accord avec le malade les conditions de son admission et pareille convention ne diffère ni par sa nature, ni par sa forme des conventions qui se concluent couramment entre les maisons de santé privées et leurs malades.

Notons bien qu'il ne suffit pas, pour qu'il y ait contrat, que le règlement existant ait été partiellement écarté ou violé. Il faut qu'il ait été radicalement exclu. Il faut qu'il y ait voie de fait.

Il est évident que ces contrats ne peuvent être administrativement annulés au moyen du recours en excès de pouvoir, cette voie de droit ne pouvant être suivie qu'en vue de faire tomber une véritable décision administrative.

En somme, la situation contractuelle ne peut se présenter qu'exceptionnellement et pour malades payants. Citons comme cas pratique le « bail à nourriture », contrat par lequel l'administration s'oblige par un contrat en due forme à entretenir un individu (vieillard, incurable, orphelin, etc...) moyennant le paiement d'une certaine pension, somme forfaitaire ou rente. Cette forme de contrat est d'ailleurs devenue exceptionnelle et irrégulière depuis une circulaire ministérielle de 1895, qui prescrit que ces situations soient réglementées.

§ II. — Les relations avec les ayants-droit et représentants des usagers.

Il n'y a pas grand'chose à ajouter quant aux ayants-droit et représentants des usagers aux explications que nous avons fournies.

Les parents, en principe, ne se présentent qu'en cas de dommage causé au malade par l'administration. L'accessoire suivant le principal, il suffit de relever qu'ils agiront selon les principes du Code Civil ou selon les principes de la responsabilité administrative, suivant que le malade lui-même était un simple co-contractant de droit privé ou un véritable usager. Il faut mettre à part les cas où la loi a attribué des droits particuliers aux parents du malade.

Les représentants des malades que nous avons énumérés n'entrent pas en relation personnelle avec l'administration. Il n'y a donc pas à y revenir.

Restent les organisations d'assistance et d'assurance sociale.

L'assistance publique est un service public qui a été réparti par le législateur entre plusieurs branches de l'administration, entre plusieurs services doués de la personnalité juridique. La collaboration de ces services entraîne des rapports journaliers. Ces rapports qui sont organisés par la loi, la règlementation administrative, ou même simplement par la routine, sont évidemment des rapports institutionnels ou contractuels de droit administratif. Il n'y a aucune place dans ce domaine pour des rapports de droit privé.

« Les accords entre administrations entraînent, a dit Hauriou, une responsabilité solidaire des administrations cointéressées, en cas de dommage causé ». Il ne semble pas que cette idée puisse être féconde en matière hospitalière, parce que l'activité de l'établissement hospitalier et celle des organisations d'assistance, dont l'ensemble est coordonné par ces accords, ne s'interpénètrent pas, mais restent tout à fait distinctes. L'administration hospitalière reste seule responsable des fautes qu'elle commet à l'égard de ses administrés. La responsabilité solidaire ne se concevrait pas. Hauriou avait en vue une véritable « co-administration aux mêmes services » (17).

Par contre, il n'est pas difficile d'imaginer des cas dans lesquels l'une des administrations soit responsable envers l'autre de la mauvaise exécution des services et notamment de l'inexécution des obligations mises à sa charge soit par la loi, soit par les accords intervenus.

Les mêmes considérations valent pour les rapports qui se forment entre l'administration hospitalière et les caisses d'assurance sociale. La convention comprend, en effet, le principe de la subordination aux règlements de l'administration et comporte par là même des clauses règlementaires exorbitantes du droit commun.

(17) Précis, 11e édition, pages 21 s.

SECTION III

La nature des droits des usagers

Les conclusions auxquelles nous avons abouti au cours de la précédente section vont nous permettre d'apprécier la nature véritable des droits de l'usager envers l'administration hospitalière. Dans les situations contractuelles de droit commun, la question ne mérite pas une étude particulière. C'est dans les situations statutaires qu'il faut se demander dans quelle mesure les usagers sont nantis de véritables droits.

On serait tenté d'admettre que cette question est importante au point de vue du problème de la responsabilité de l'établissement public hospitalier, puisqu'elle permet de mettre en lumière la cause même de cette responsabilité, l'obligation de l'administration. Ce serait en exagérer la portée. Elle ne touche le problème de la responsabilité de l'établissement que dans la mesure où le malade pourrait directement faire valoir son droit envers la commission administrative. Or, dans l'organisation actuelle — nous l'avons vu — l'hôpital n'entre directement en rapport qu'avec les indigents malades admis en vertu de la loi du 7 août 1851, avec les aliénés et avec les enfants assistés dans le cas d'urgence. Tous les administrés ressortissant aux autres groupes sont « adressés » à l'hôpital par d'autres collectivités et le lien de responsabilité relatif au droit à l'assistance, sauf dans des cas exceptionnels, se noue alors entre la commission administrative et les organes de ces collectivités (18) et non pas entre la commission et le malade.

Notons, toutefois, que le point de vue du droit à l'admission n'épuise qu'un côté du problème. Il faut se demander encore quels sont les droits de l'usager une fois admis à l'hôpital. Or, cette question est connexe à la question de la responsabilité des

(18) Bureau de bienfaisance et d'assistance, Préfet et Conseil général, caisse de malades, etc...

établissements hospitaliers eux-mêmes. Elle nous intéresse donc au premier chef.

La question du droit à l'assistance est une question classique du droit administratif, puisqu'elle touche à l'essence même du service public.

Aussi bien n'y a-t-il pas un seul manuel du droit administratif dans les dernières trente années qui ait omis de lui consacrer une étude.

Malgré leur grand intérêt doctrinal, nous ne pouvons dans ce cadre reprendre cette poussière de théories et nous sommes obligés de restreindre notre rapide esquisse à l'étude des principes acceptés actuellement par la plupart des auteurs et par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les considérations philosophiques, sociologiques, économiques, financières ou morales les plus diverses ont, en effet, inspiré toutes ces théories ; il suffit, pour s'en convaincre, de passer en revue les rubriques très suggestives de l'intéressante étude qui en a été faite par M. Canitrot (19), « doctrine fataliste », doctrines dans lesquelles l'assistance est considérée comme un « devoir individuel », comme « une vertu sociale », comme « une nécessité d'ordre social », comme « un acte de justice réparatrice », comme « un devoir collectif » ou « un devoir social », comme « une dette sociale ».

Toutes ces doctrines qui cherchent à donner un fondement théorique au droit d'assistance sont, d'ailleurs, purement spéculatives et ne permettent pas de tirer des conclusions dans le domaine du droit positif.

Il faut poser la question avec précision : les usagers que nous avons énumérés sont-ils nantis de droits envers l'administration hospitalière ?

L'étude de cette question doit être divisée :

Quelle est la réponse que comportent les principes généraux du droit administratif ?

Quelle est celle qui résulte des caractères particuliers de chaque groupe d'usagers ?

(19) Voir Canitrot « Du droit au secours. Dans quelle mesure il existe en France ». Thèse de Paris, 1912.

§ 1. — Les droits des usagers en général (20)

Le droit administratif actuel impose des distinctions.

En droit privé, tout droit est doublé d'une action, c'est-à-dire du moyen efficace de le faire respecter. En droit administratif, dans les relations des particuliers avec l'administration, si l'on veut bien considérer que la prérogative de puissance publique constitue une partie du pouvoir exécutif lui-même, il ne paraît pas possible, rationnellement, d'accorder la même garantie au bénéficiaire du service public. Lier la puissance publique en la rabaissant, par la voie de l'obligation, au rang des volontés individuelles ne serait-ce pas l'anéantir ?

Elle est indépendante envers l'usager et son indépendance se trouve imposée par sa nature même.

C'est ainsi que Hauriou a pu écrire qu' « il ne faut point considérer l'administration comme étant, en principe, obligée juridiquement vis-à-vis des administrés, mais au contraire comme étant un pouvoir autonome, maître de ses initiatives ». L'administré n'a aucun droit de créance envers l'administration. Il

(20) *Historique.* — La question a son histoire. A la fin de l'Ancien Droit, la Royauté a obligé les municipalités à entretenir les malades et les nécessiteux et à créer à cet effet des hôpitaux, maladreries, etc... et, à en croire les textes, on serait tenté d'admettre qu'il y avait là un véritable droit au secours. Mais il suffit de constater que les indigents malades, etc... n'avaient aucun moyen pour obtenir en justice les secours et qu'il n'y avait aucune sanction efficace contre le refus des secours pour se convaincre qu'en fait il n'y avait qu'une apparence de droits.

C'est la Grande Révolution qui, pour la première fois en France, a posé clairement le principe du droit au secours. La Constituante, la Législative et la Convention rivalisaient de générosité et affirmaient à maintes reprises dans des termes qui ne laissaient aucun doute quant à leurs intentions le droit au secours des citoyens malheureux. (Voir à cet égard les explications fournies par M. Canitrot.)

Mais ces assemblées ne sont pas sorties, à cet égard, du domaine des théories ; les incessants bouleversements qui caractérisaient la Révolution empêchaient la réalisation de leur rêve.

Les généreux systèmes qui ont fait l'objet d'interminables discussions sont restés lettre morte, parce que l'organisation nécessaire pour les mettre en pratique faisait complètement défaut.

La réorganisation politique et administrative accomplie par Napoléon Bonaparte n'implique aucun droit au secours en faveur de l'indigent. On est revenu aux idées de charité sociale.

Il faut attendre la Troisième République pour voir s'instaurer le système actuel d'assistance obligatoire.

« est simplement placé par la loi vis-à-vis de l'administration, dans une certaine situation ou jouit d'un certain statut qui lui permettent de bénéficier des services publics organisés ou de profiter des décisions rendues ». Théorie toute statutaire et institutionnelle.

Parlant plus spécialement du droit à l'assistance, Hauriou, faisant application de ces principes, écrit : « L'aptitude à bénéficier des avantages de l'assistance publique est un statut réel qui permet à l'indigent de profiter des services librement organisés par l'administration ».

Mais ces affirmations impliquent la limitation indispensable à toute liberté. Sans doute les pouvoirs publics ne peuvent-ils être contraints d'organiser des services d'assistance que le législateur n'a pas prescrit, mais il n'est pas moins vrai qu'ils sont tenus à faire fonctionner conformément aux lois et à leurs propres règlements les services une fois organisés.

Ainsi, l'indigent ne puise-t-il pas dans le principe d'égalité un véritable droit à profiter, s'il remplit les conditions réglementaires, du service organisé et exécuté par l'administration ?

Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à l'affirmer (21).

§ 2. — Les droits des différentes catégories d'usagers

I. — *Conditions du droit au secours*

Avant d'entre dans l'étude particulière des droits de chaque catégorie d'usagers, il importe de préciser les conditions dont la réunion est nécessaire pour que l'on puisse parler de droit.

MM. Derouin et Gory, dans la troisième édition de leur ouvrage (22), distinguent quatre conditions indispensables pour qu'il y ait droit à l'assistance :

1° la désignation du service dont l'indigent peut exiger l'assistance ;

2° la fixation de la nature et de l'étendue du secours ;

(21) Voir notamment : C.E. « Tondut » 6 mai 1931, S. 1931, III-81.

(22) Derouin et Gory « Traité théorique et pratique d'Assistance publique » (1914).

3° l'existence de moyens par lesquels le service peut se procurer les ressources nécessaires ;

4° l'existence d'une juridiction devant laquelle l'assistable peut faire réformer la décision de refus.

Ils mentionnent deux types courants d'assistance sans droits pour les indigents :

1° l'assistance facultative qui ne reconnaît à l'assistable qu'une aptitude au secours et

2° l'assistance qui est obligatoire pour le service, mais qui ne donne aucun recours à l'indigent contre le refus d'assister.

Actuellement c'est ce dernier type qui réunit le plus de suffrages dans la doctrine, et qui, d'ailleurs, domine dans la loi et la jurisprudence françaises des XIX^e^ et XX^e^ siècles.

Quant aux conditions du droit au secours posées par MM. Derouin et Gory, nous estimons qu'il serait excessif de conclure à l'inexistence du droit à l'assistance au cas où le service public ne disposerait pas de ressources proportionnées aux dépenses. Du moment que les tribunaux peuvent être saisis de recours contre le refus d'assistance, et que, par conséquent, l'obligation de recevoir le malade est reconnue, ils ne sauraient s'arrêter, en effet, à des considérations d'ordre financier pour refuser un secours dont l'action contentieuse est la garantie. Les dépenses d'assistance sont des dépenses obligatoires auxquelles ne sauraient se soustraire les départements et les communes. Les recettes destinées à les couvrir ne sont pas limitées puisqu'elles sont d'origine fiscale, à l'exception cependant des ressources de l'établissement hospitalier au cas de l'admission d'indigents en vertu de la loi du 7 août 1851. Dans ce seul cas, la condition de l'existence de ressources doit être admise.

La condition décisive reste, à notre avis, la possibilité d'obtenir par la voie juridictionnelle l'annulation ou la réformation de l'acte administratif refusant le secours.

Quant à la détermination des droits de l'usager une fois admis, n'anticipons pas sur la question de responsabilité et renvoyons leur étude à plus tard.

II. — *Droits des différentes catégories d'hospitalisés*

Quels sont les droits envers l'administration des différentes catégories d'usagers ?

1. *Aliénés.*

Les aliénés ou leurs ayants-droit peuvent-ils faire valoir un droit à l'admission ?

En créant une législation spéciale pour les aliénés, le législateur a obéi à une double préoccupation :

1° garantir l'ordre public par l'internement des aliénés dangereux ;

2° protéger l'aliéné incapable de sauvegarder ses intérêts.

Mais, ce faisant, il n'a nullement reconnu à la charge de l'administration une véritable obligation de recevoir l'aliéné. Il ne lui a conféré aucun droit (23). Le rôle de protection incombant à l'établissement d'aliénés consiste, uniquement, à entourer de garanties spéciales l'admission et la sortie des aliénés.

Cela ne suffit pas pour pouvoir dire que l'aliéné a un droit à l'admission. D'ailleurs, l'une des conditions essentielles du droit à l'admission, le recours de l'indigent contre la décision, n'est pas remplie. L'aliéné ne peut obtenir par voie de justice son admission à l'asile.

2. *Malades indigents*

Le statut du malade admis en vertu de la loi du 7 août 1851 consiste simplement à être « privé de ressources ». Il ne comprend aucun droit de créance susceptible d'être exercé par la voie contentieuse. Le malade n'a donc pas de droit envers l'administration.

Quant au malade admis en vertu de la loi de 1893, l'indigence est également l'élément essentiel de son statut. La condition du domicile de secours est accessoire et vise essentiellement la question du paiement des frais.

(23) C'est, d'ailleurs, ce qui résulte de l'article 8 de la loi qui dit : « Les chefs ou préposés responsables des établissements publics et les directeurs des établissements privés consacrés aux aliénés *ne pourront recevoir* une personne atteinte d'aliénation mentale... ».

Il est vrai que des garanties spéciales sont données au malade possédant un domicile de secours. Cette garantie est constituée par l'inscription dans la liste des indigents.

On a beaucoup discuté si l'inscription dans la liste d'assistance constituait un droit pour l'indigent. Mais quelle que soit la solution de cette question (24), elle ne préjuge pas la question du droit au secours, parce que l'inscription dans la liste ne constitue pas une condition indispensable pour être secouru en vertu de la loi de 1893. Ce n'est qu'un moyen technique susceptible de faciliter le fonctionnement de l'assistance médicale gratuite.

Au surplus, il n'appartient pas à l'établissement public hospitalier lui-même de décider l'admission des assistés médicaux; ce rôle est réservé à la collectivité qui supportera les frais d'entretien, de sorte que, de toute façon, il serait difficile d'imaginer une action en responsabilité de l'indigent contre l'administration hospitalière à la suite du refus de l'admettre. C'est ce qui explique que l'hôpital ne peut agir contre le bureau d'assistance (25) en paiement des frais.

Par contre, l'hôpital tenu d'admettre dans la limite des possibilités les assistés médicaux s'exposerait certainement à une responsabilité envers la collectivité intéressée, s'il refusait sans raison valable d'admettre ces assistés qu'elle lui adresse.

Autre chose est, en effet, de demander si le particulier a un droit à devenir usager du service et autre chose si l'administration n'est pas tenue d'une manière interne en vertu de la réglementation à exécuter le service conformément à la loi.

3. *Accidentés du travail*

L'hôpital public peut admettre les accidentés du travail. Mais le législateur ne l'a pas obligé à le faire.

(24) Certains auteurs l'ont résolue par la négative depuis que le Conseil d'Etat a statué que les commissions cantonales ne sont pas des juridictions. Nous admettons la solution contraire, étant donné que l'indigent peut agir en excès de pouvoir contre la décision arrêtant la liste d'assistance. C.E. arrêt « Port iragnes » 12 mai 1905, et qu'il peut, de même, faire annuler la décision de radiation : C.E. 7-8-1911, R.E.B. 1912, p. 141.

(25) Voir affaire « Le Hâvre ». C.E. 1899.

4. *Enfants assistés*

Notons que le système du « bureau ouvert » implique l'obligation de l'administration d'admettre l'enfant âgé de moins de sept mois et que les frais du service des enfants assistés sont supportés par les communes, le département et l'Etat. Ce sont des dépenses obligatoires. Mais, dans les autres cas, l'enfant ou son représentant ne pourrait exercer une action contentieuse en vue d'obtenir son admission. Tirant argument du fait que l'inscription d'office de la dépense est la sanction de l'obligation, M. Canitrot estime que « l'enfant assisté possède l'aptitude correspondant à l'obligation de secourir », situation statutaire de même nature que celle de l'indigent malade. Sauf le cas d'admission à « bureau ouvert », l'enfant assisté ou son représentant, ne peut faire valoir en justice un droit à l'admission.

5. *Vieillards, infirmes et incurables*

C'est à l'occasion de l'élaboration de la loi de 1905 que les protagonistes du droit à l'assistance ont brisé une lance contre le système traditionnel de l'aptitude au secours. Ils n'ont pas remporté la victoire. Le projet trop libéral de la Chambre des Députés a été ramené à la ligne classique à la suite de l'opposition du Sénat.

De même que l'assisté médical, le vieillard ou l'infirme est obligatoirement assisté s'il remplit les conditions prévues par la loi (26).

De même que l'assisté médical, il a intérêt à être inscrit sur la liste d'assistance, quoique l'assistance lui soit due (par l'Etat) même s'il n'a pas de domicile de secours.

Mais, ce n'est pas le bureau d'assistance qui décide l'admission, il n'établit que les listes de proposition. La décision appartient au conseil municipal. L'intéressé peut réclamer d'abord devant la commission cantonale et ensuite devant une commission centrale. Mais ces commissions ne sont pas des juridictions.

(26) Etre français, privé de ressources, et être âgé de 70 ans ou atteint d'une infirmité incurable.

Quoique la jouissance même de l'assistance soit en jeu et non seulement l'inscription sur la liste, il faut donc admettre que les vieillards n'ont pas de droit véritable à l'assistance avant leur inscription sur la liste.

6. *Assurés sociaux*

Les assurés sociaux ont de véritables droits de créance envers les caisses d'assurance sociale, qui perçoivent les cotisations. Ils n'en ont aucun envers l'établissement hospitalier appelé à les soigner en vertu d'une convention qui se forme entre l'établissement et la caisse elle-même.

Dans ces conventions, généralement, la commission administrative accepte les assurés sociaux « sans prendre aucun engagement quant au nombre de lits à fournir » (27).

⁂

Résumant les résultats de notre recherche, nous sommes amenés à constater qu'aucune des diverses catégories d'hospitalisés instituées par la loi ne possède envers l'administration hospitalière un droit à l'hospitalisation, sauf le cas de l'admission à « bureau ouvert » des enfants assistés en bas âge. Il serait, d'ailleurs, difficile, précisément pour les assistés dits « obligatoires », d'admettre le contraire, étant donné que leur admission n'a lieu, en principe, qu'en vertu d'une décision d'une collectivité s'interposant entre l'hôpital et le malade, le vieillard, l'enfant assisté, etc...

Les différents groupes d'usagers de l'établissement hospitalier n'ont que des aptitudes aux secours, aptitudes dont l'étendue varie d'une catégorie à l'autre.

Cela ne veut point dire, cependant, que l'établissement hospitalier soit libre d'admettre qui et quand il lui plaît. S'il n'est pas responsable envers l'individu lui-même, il l'est envers l'administration chargée du service d'assistance. L'institution administrative s'oppose à un maniement arbitraire de la puissan-

(27) Voir notamment le modèle de convention publié dans le « Memento pratique d'Assistance » de MM. Gouachon et Mouret (Lyon, 1934).

ce publique. La loi de 1851 a laissé suffisamment de jeu à l'action de l'autorité de tutelle pour ne pas compromettre la collaboration nécessaire entre les diverses collectivités participant au service médical gratuit par exemple.

Dans les cas individuels, les collectivités intéressées ne sont pas désarmées devant la commission administrative qui agirait contrairement à sa mission. Abstraction faite des moyens de pression énergiques que constituent les sanctions disciplinaires et la responsabilité personnelle des administrateurs, la collectivité, à laquelle la commission administrative refuse l'admission des personnes bénéficiant de l'assistance hospitalière obligatoire, pourra par la voie du recours en excès de pouvoir et du recours en indemnité attaquer la commission administrative qui se soustrait à ses obligations.

CHAPITRE XI

LA RESPONSABILITÉ RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION OU DE LA MAUVAISE EXÉCUTION DE LA PRESTATION HOSPITALIÈRE

SECTION I

Les principes permettant de caractériser la faute de service

Nous supposons que le service fonctionne et que l'usager (l'indigent, le malade payant, l'assuré social, etc.) placé dans les rapports réglementaires que nous avons définis a été admis à en jouir.

Comment déterminer ce que doit l'hôpital à ses malades, l'hospice aux vieillards, l'orphelinat aux orphelins, l'asile aux aliénés ?

Trois considérations dominent, à notre avis, cette détermination, trois principes rationnels qui en dépit de leur apparence d'évidence comportent des conséquences très nettes et très intéressantes quant à la détermination de la prestation due :

1° c'est, d'une part, l'obligation qui s'impose à l'administration de mettre en œuvre la réalisation du service qu'elle est appelée à assurer ;

2° c'est, d'autre part, l'obligation d'exercer cette action dans les conditions les plus avantageuses eu égard aux circonstances et compte tenu des moyens de l'établissement considéré ;

3° c'est enfin, la nécessité de respecter le principe du service public égal pour tous.

La prestation hospitalière, en d'autres termes, est déterminée par le but que tend à réaliser le service pulbic hospitalier, par les moyens dont dispose l'établissement considéré (1) et par le principe de l'égalité des usagers des services publics.

Certes, ces principes ne comportent pas de solution directe du problème de la prestation hospitalière, puisqu'ils sont de nature trop générale pour permettre d'en tirer directement des conséquences précises. Mais ils ont ce premier avantage d'orienter immédiatement l'esprit dans la recherche de l'obligation qu'assume l'administration envers ses usagers ; ce sont trois fils conducteurs qui guideront le juge dans l'appréciation de la faute de service. Ils ont cet autre avantage de faire immédiatement ressortir le caractère relatif, subjectif de la responsabilité hospitalière, responsabilité qui variera forcément suivant l'importance des moyens mis à la disposition de l'administration. Ils ont l'avantage, enfin, de souligner le caractère réglementaire, uniforme de la prestation elle-même, qui revient d'une manière égale aux usagers du service, placés dans la même condition légale.

L'administration ne sera pas nécessairement responsable, quand elle aura causé un dommage à son client, mais elle le sera toujours, quand ce dommage aura sa source dans une action ou une abstention contraire à son but, alors, du moins, que rien ne justifie cette action et qu'il y avait le moyen d'agir autrement.

C'est en cela que se résume la faute de l'administration.

Précisons, avant de rechercher les cas d'espèce, les trois principes qui domineront cette recherche.

§ 1. — La réalisation du but du service hospitalier

Le but du service hospitalier est simple autant que les moyens pour le réaliser sont complexes.

Les principes caractéristiques de la prestation hospitalière découlent logiquement de ce but. Nous allons le démontrer.

(1) L'uniformité, en effet, est loin d'exister à cet égard entre les divers établissements existants, dont la situation de fortune et le rayonnement sont déterminés plutôt par la tradition historique que par des principes rationnels.

Le but de l'activité hospitalière (guérir le malade, prévenir la maladie, etc...) est recherché au moyen de toute une série de prestations qu'il sera facile d'énumérer.

Mais l'établissement ne garantit pas la réalisation du but.

Là est la source de toutes les complications. Tout ce que l'administration peut promettre c'est de faire de son mieux, eu égard à ses moyens et aux circonstances. La jurisprudence reconnaît sans difficulté que le médecin ne doit pas être considéré comme garantissant au malade l'efficacité des moyens chirurgicaux et thérapeutiques qu'il met en œuvre (2).

Ceci étant souligné, quelles sont les prestations qu'accomplit l'hôpital pour placer l'administré dans les conditions les meilleures pour pouvoir profiter de son séjour à l'hôpital ?

1° Le malade admis a droit envers l'établissement aux prestations d'entretien matériel (c'est-à-dire à la subsistance et au gîte), appropriées à son état de maladie, à une certaine protection et surveillance, suffisante pour écarter tout risque de dommage par le fait ou l'abstention tant de l'administration elle-même que des tiers, aux soins médicaux que réclame son état, au respect de la liberté individuelle (droits civiques, libre exercice des cultes, traitement librement accepté, non dissection du cadavre, respect du secret professionnel, etc...).

2° Pour certaines catégories particulières de malades, l'établissement doit des prestations spéciales : il doit assurer l'isolement des aliénés et des contagieux et exercer à leur égard une surveillance renforcée.

3° Il doit veiller à l'éducation des enfants qu'il admet dans son orphelinat, à la gestion de leurs biens et pécules.

4° Il doit assurer la subsistance et un standard de vie suffisant aux vieillards et incurables.

Nous verrons plus loin comment s'organisent en fait ces prestations et dans quelle mesure leur inexécution ou leur mauvaise exécution entraîne la responsabilité de l'administration. Mais retenons, dès maintenant, qu'il y a un minimum, en dessous duquel la prestation hospitalière ne doit tomber en aucun cas, quels que soient les moyens dont dispose l'établissement :

(2) Voir Cour d'Appel Rennes, 14-11-34, R.H. 1934, p. 728 ; Bordeaux, 25-4-29, R.E.B. 1930, 157.

ce minimum est précisément déterminé par le premier des trois principes que nous avons énoncés : l'administration doit assurer à l'administré les soins et la subsistance les plus indispensables et elle ne doit rien faire qui empirerait son état.

§ 2. — La limitation résultant des moyens dont dispose l'administration

Les moyens dont disposent les établissements hospitaliers varient d'établissement à établissement. C'est ce qui empêcherait la conception d'un standard uniforme de prestation hospitalière, même si, médicalement, elle était possible. L'usager, nous l'avons vu, n'a aucun droit à exiger que soit organisé un service public, qui ne fonctionne pas encore. L'administration n'encourt donc aucune responsabilité du fait de l'insuffisance quantitative de ces services.

D'autre part, si les moyens de l'administration hospitalière varient nécessairement dans le sens du perfectionnement, parallèlement avec les progrès de la science, il n'est écrit nulle part — et il est financièrement quasi impossible — que chaque établissement suive, pas à pas, le progrès scientifique.

Il suffit qu'elle ne persiste pas à conserver des méthodes et des prestations que la science et l'expérience réprouvent formellement comme dangereuses et inefficaces.

Ainsi, le malade admis ne peut se prévaloir de l'inexistence d'un quartier opératoire dans un hôpital de moindre importance pour demander une indemnité parce qu'une opération, considérée comme utile, n'a pas été pratiquée.

Le malade ne pourrait pas, non plus, rendre responsable l'administration d'un dommage qu'il a subi du fait d'un refroidissement contracté pendant un transport par brancard à bras, dès lors qu'elle ne possédait pas de brancard plus perfectionné, que le transport était nécessaire et qu'aucune faute n'avait été commise.

La responsabilité de l'établissement serait, par contre, engagée, dans le premier cas, si l'opération n'avait pas été effec-

tuée quoiqu'une salle d'opération fût disponible, ou si, malgré la présence d'une voiture ambulance, habituellement affectée au service, et malgré le danger de refroidissement qu'ils connaissaient, les transporteurs avaient préféré se servir d'un brancard ouvert.

Ces deux exemples, cités au hasard, permettent de constater combien l'obligation de l'administration est subordonnée à l'importance de ses moyens.

Ils nous montrent également combien les principes de la responsabilité doivent être souples pour permettre au juge devant les appliquer de tenir compte de l'importance des moyens dont dispose l'établissement hospitalier.

Voilà un nouvel argument en faveur de la responsabilité pour faute, argument qui démontre que la responsabilité pour risque ne peut convenir en matière hospitalière, dans les rapports entre le service public et ses usagers.

§ 3. — Le principe du service public égal pour tous

On voit mal, de prime abord, comment la responsabilité pécuniaire de l'administration pourrait être engagée, parce qu'un usager a bénéficié de prestations moindres que tel autre.

Le principe du service public égal pour tout est sanctionné par le recours en annulation pour excès de pouvoir. Mais l'excès de pouvoir n'est pas, nous l'avons dit, une cause spéciale de responsabilité. Il faut encore qu'il constitue une faute d'une gravité suffisante et que le dommage puisse être imputé à l'administration.

Il est difficile d'imaginer un dommage résultant directement du fait qu'un usager est traité moins favorablement qu'un autre. Si la prestation est suffisante, l'usager ne saurait réclamer une indemnité pour la seule raison qu'un autre a bénéficié d'une prestation plus large. Si elle est insuffisante, elle l'est indépendamment de la prestation faite pour d'autres usagers.

Cependant, le fait qu'un malade aura été moins bien traité qu'un autre pourra avoir au moins cette vertu de faciliter au juge l'appréciation de la faute, car il lui révèlera que l'admi-

nistration était en mesure d'exécuter le service d'une manière plus satisfaisante.

***

Retenons que la prestation due par l'établissement public hospitalier à ses usagers ne peut être prescrite avec précision, mais que, abstraction faite des dispositions des règlements particuliers des établissements, il y a néanmoins un principe du minimum dicté à la fois par la considération de l'objet qu'est appelé à réaliser le service public hospitalier et par l'importance des moyens dont il dispose.

On saisit sans peine combien ces principes laissent de jeu à l'appréciation du juge et combien il est difficile, dans des cas d'espèce, de mesurer la faute de l'administration autrement qu'en équité.

L'étude détaillée des cas de responsabilité les plus habituels va nous permettre immédiatement de le vérifier.

SECTION II

La responsabilité résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de la prestation hospitalière

Reprenons à présent l'énumération des diverses prestations dont l'ensemble constitue le service public hospitalier et examinons-les isolément à la lumière de la jurisprudence administrative.

Examinons d'abord le cas le plus général, c'est-à-dire les prestations dues à tous les usagers sans distinction, admis dans les établissements hospitaliers. Réservons pour plus tard les prestations particulières à tels groupes d'usagers.

§ 1. — Les hospitalisés en général

Nous passons sous silence la question du droit à l'admission que nous avons étudiée. Ce paragraphe sera consacré à l'étude

des prestations d'entretien matériel, au devoir de protection et de surveillance, à la prestation médicale et aux obligations relatives au respect des libertés individuelles.

I. — *Prestations d'entretien matériel de l'usager*

L'établissement hospitalier qui admet un malade, un vieillard, un enfant assisté, un aliéné, etc., doit, d'abord, assurer sa subsistance. Le principe s'énonce clairement. Mais il se complique, quand on veut bien considérer que les prestations d'entretien matériel ont pour de nombreux hospitalisés une valeur thérapeutique et que, par hypothèse, les personnes à entretenir ne sont pas ou pas encore des personnes valides (malades, vieillards, enfants).

L'établissement doit à certains usagers une nourriture conforme aux prescriptions médicales. Le régime du malade rentre, d'ailleurs, dans la compétence médicale proprement dite. Nous renvoyons donc, quant à la responsabilité susceptible de résulter de la prescription du régime alimentaire, aux explications que nous donnerons à l'occasion des soins médicaux.

Mais, dans les limites de la prescription médicale, la responsabilité de l'administration pourra être invoquée pour les suites dommageables résultant de la non-exécution ou de la mauvaise exécution du régime prescrit, qui, eu égard aux circonstances, pourra constituer une faute de service. Indépendamment de toute prescription médicale, la responsabilité serait engagée, également, au cas où l'usager recevrait une nourriture insuffisante ou mauvaise (cas d'empoisonnement).

Plusieurs instructions ministérielles (3) ont proposé aux commissions administratives d'insérer dans leurs règlements des régimes alimentaires dont elles préconisent des types. Ces régimes-types prévoient les différentes sortes d'aliments à préparer ; ils déterminent le volume ou le poids des portions. Les difficultés de ravitaillement de la guerre et de l'après-guerre

(3) Notamment deux circulaires du 15-12-1899 et du 16-12-1901.

ont eu pour conséquence que ces régimes modèles sont un peu tombés dans l'oubli.

L'inobservation des régimes réglementaires entraînerait-elle automatiquement la responsabilité de l'administration envers le malade ? Nous ne le pensons pas, car ces régimes n'ont pas pour rôle de confier au malade une sorte de statut alimentaire, qui serait opposable à l'administration.

Leur but est de faciliter le service des stocks et de la cuisine et de fournir une base de calcul pour l'achat et pour la comptabilité matières.

L'inobservation du règlement alimentaire n'est pas de nature à créer un dommage, si, par ailleurs, la nourriture servie est suffisante et conforme aux prescriptions médicales.

Il n'y a pas, à notre connaissance, de jurisprudence du Conseil d'Etat en cette matière.

En ce qui concerne le logement des hospitalisés, il importe qu'il réponde aux conditions d'hygiène élémentaires. L'administré ne pourra se plaindre, évidemment, du manque de luxe ou de confort du local où il est abrité, si, par ailleurs, les conditions d'hygiène sont remplies d'une manière suffisante.

Là aussi, nous ne connaissons pas de jurisprudence.

En tout état de cause, il serait impossible de tirer des conclusions de la comparaison des établissements hospitaliers avec les entreprises hôtelières. La responsabilité hôtelière est d'essence contractuelle, alors que la responsabilité hospitalière est de nature réglementaire. Elle s'apprécie suivant les principes du droit privé, alors que celle-là est administrative, exorbitante du droit commun. Le client peut convenir avec l'hôtelier qu'il logera dans un taudis et qu'il ne mangera rien ou presque rien.

L'établissement hospitalier, par contre, doit à son client, une demeure et une nourriture adéquates à son état de santé, à son âge et conformes aux principes du traitement médical. Il doit assurer son entretien en vue de rechercher la réalisation du but en vue duquel il a été créé.

N'insistons pas sur la question de la subsistance de l'hospitalisé, qui ne comporte pas de difficultés particulières et passons à une question bien plus délicate.

II. — *Protection et surveillance dues à l'usager*

Les usagers des établissements hospitaliers sont pour la plupart incapables d'assurer leur sécurité corporelle et morale. Ce sont, par définition, des faibles qui ont besoin d'être soutenus, protégés et par conséquent, surveillés.

Cette protection devient ainsi une obligation de l'administration envers eux.

Pour bien comprendre la portée de cette obligation, il est nécessaire de considérer que le malade abdique dans une forte mesure entre les mains de l'administration la direction de son activité et notamment l'organisation de son emploi du temps. Il est obligé de s'incliner devant le règlement intérieur, qui lui prescrit l'heure du lever, l'heure du dîner, l'heure du coucher, etc., règlement dont l'administration assure l'exécution au moyen d'un certain pouvoir disciplinaire. D'ailleurs, dans bien des cas, le malade n'a pas la résistance physique et morale nécessaire pour réagir contre les événements, qu'il subit avec une apathie parfois inattendue. Les vieillards et les enfants ont particulièrement besoin de la protection de l'administration. Les malades, souvent, se lui livrent corps et âme. L'administration hospitalière, en essayant de recréer ou de conserver la santé et le bien-être de ses administrés doit avant tout les placer dans une ambiance de sécurité et de protection. L'impossibilité dans laquelle se trouve l'hospitalisé, de se défendre contre tout ce qui peut lui être préjudiciable constitue une circonstance grave dans la responsabilité hospitalière.

Mais ce qui est difficilement appréciable, c'est la mesure dans laquelle la protection lui est due.

Dans cet ordre d'idées, il faut résolument repousser, à notre avis, cette tendance qu'ont marqué certains tribunaux de l'ordre judiciaire — dans des cas il est vrai assez particuliers (4) — de concevoir la protection de l'hospitalisé comme une véritable obligation contractuelle incombant à l'administration (5).

(4) Il s'agissait d'enfants hospitalisés.

(5) Voir Cour d'Appel de Bordeaux, 13-4-29, R.E.B. 1930, p. 156 et R.H. 1930, p. 91.

Nous avons montré qu'en entrant à l'hôpital le malade ne passe pas de contrat d'hospitalisation avec l'administration. Notamment, l'administration des enfants dans les hôpitaux ne suppose nullement la conclusion de contrats avec les parents.

S'il est exact de dire qu'en fait tout se passe comme si l'établissement se substituait à la mère pour tout ce qui intéresse la garde de l'enfant, il est inexact, par contre, de prétendre que le manquement à ce devoir de garde et de surveillance constitue une « faute contractuelle ».

Il faut, en cette matière, appliquer les principes de la faute administrative et le principe obligatoire découle non pas du droit privé, mais de la notion même du service public (6). Il faut, en d'autres termes, soit que l'agent ait commis une faute manifeste et d'une particulière gravité, soit que les circonstances de l'affaire fassent apparaître un défaut d'organisation du service.

Faisant abstraction pour le moment, des aliénés et des enfants assistés, dont la situation sera spécialement examinée, remarquons que le devoir de protection qui incombe à l'administration est double. D'abord, l'hospitalisé doit être protégé contre toutes les causes de dommage indépendantes de sa propre activité (7), ensuite l'administration doit surveiller le malade lui-même et empêcher que, par suite de son état de faiblesse ou de surexcitation, il ne soit lui-même cause de son propre dommage.

Cette dernière obligation s'apparente à la prestation médicale elle-même. Elle permet de reconnaître l'étendue considérable du devoir de protection.

Citons quelques cas particulièrement typiques de responsabilité de l'administration hospitalière pour manquement à son devoir de protection.

1) *Protection de l'usager contre les dommages qui ne sont pas son propre fait.*

Ces dommages peuvent provenir soit de fautes de service de l'administration, soit du fait des tiers.

(6) Voir en ce sens C.E. 5-11-31, R.E.B. 1932, p. 230.
(7) Dommages causés par le personnel ou par d'autres malades, ou résul-

1° *Dommages causés par l'administration elle-même.* — Ce sont les cas les plus fréquents. La faute de l'administration peut consister dans un fait ou dans une abstention. Tantôt le fait ou l'abstention constituera lui-même la faute, tantôt il révèlera un défaut d'organisation du service qui permet au dommage de naître.

La jurisprudence connaît quelques cas intéressants, qui illustrent d'une manière saisissante dans quelle mesure le défaut de surveillance peut être considéré comme une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement.

Le Conseil d'Etat, à la vérité, n'a eu que très rarement à prononcer la responsabilité des établissements publics hospitaliers en cette matière. Jusqu'à présent, l'exception d'incompétence n'ayant pas été soulevée très souvent, pareils litiges ont plus souvent été portés devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Il ne saura plus en être de même à l'avenir, la Cour de Cassation ayant, par de récents arrêts, vigoureusement rappelé que les actions de ce genre ne peuvent être portées que devant les tribunaux administratifs.

Nous citerons, néanmoins, tout en les critiquant, certains arrêts et jugements des tribunaux judiciaires permettant de préciser dans quelles circonstances s'est posée la question de responsabilité.

La faute de service, dont l'existence est une condition de succès de la responsabilité de l'administration, peut provenir soit du fait des agents, soit d'une organisation défectueuse du service.

a) *Faute de surveillance due au fait de l'agent.* — Les imprudences, négligences et erreurs du personnel, qui ne constituent pas des fautes engageant la responsabilité des agents devant les tribunaux ordinaires, engagent la responsabilité de l'administration elle-même devant les tribunaux administratifs. La victime doit rapporter la preuve de ces imprudences, négligences et erreurs. Dans un arrêt du 26 juillet 1933 (8), le Conseil d'Etat

tant du mauvais état d'entretien des objets dont il se sert, des locaux qui l'abritent.

(8) R.E.B. 1934, p. 360.

a décidé qu'il n'y avait pas faute de service dans le cas suivant : une femme, à la suite d'une opération, avait été couchée dans un lit chauffé au moyen d'une bouillotte, et elle y avait été attachée au moyen de sangles. Le mari ayant défait ces sangles, l'opérée, qui se trouvait encore sous l'effet de l'anesthésie, a été brûlée. Le Conseil d'Etat estima qu'il n'y avait aucune faute de surveillance de la part de l'administration, le mari n'ayant pas prévenu l'infirmière qu'il avait défait les sangles. Il n'est ni nécessaire, ni réalisable en pratique, que tous les malades soient surveillés d'une manière continue. Il est probable que l'établissement hospitalier eut été condamné si l'infirmière avait elle-même défait les sangles.

Citons encore un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 18 mars 1903 (9), par lequel la Cour condamne une commission administrative à payer des dommages-intérêts, en application de l'article 1384 du Code civil, par suite de la négligence d'un médecin à l'hôpital. L'arrêté précise qu'il ne s'agit pas de la responsabilité pour l'exercice technique de la médecine, mais pour « des négligences auxquelles une surveillance plus vigilante n'aurait pas permis de se produire ». La victime reprochait au médecin de ne pas l'avoir examinée, négligence dont devait répondre la commission.

L'arrêt contient deux erreurs : d'une part, il affirme qu'entre le malade payant et l'établissement hospitalier il existe nécessairement une situation contractuelle. D'autre part, il réduit la responsabilité de l'administration (10). Nous avons rendu attentif à ces erreurs trop courantes encore, que commettent certains tribunaux judiciaires. S'il y a faute, il n'appartient qu'aux tribunaux administratifs de l'apprécier et de déclarer si la responsabilité de l'administration est engagée.

Nous avons expliqué que la faute de service est celle qui est commise dans l'exercice des fonctions, alors que la faute personnelle, qui entraîne la responsabilité de l'agent, comporte une circonstance détachable du service. Ce critère va nous permettre de déterminer exactement le domaine de la responsabilité de l'administration en matière de protection des usagers

(9) R.E.B. 1903, p. 229.
(10) Art. 1384 du Code Civil.

contre les agents eux-mêmes. Distinguons les dommages à la personne et les dommages aux biens.

a) *Dommages à la personne.* — Les exemples sont nombreux : Un infirmier, se trompant de bouteille, verse à un malade au lieu d'une boisson un liquide nocif ; ou bien, il blesse malencontreusement le malade au moment du nettoyage du local, ou en faisant la toilette du malade ; ou bien il lui fait des blessures volontaires ; ou bien il fait une tentative de meurtre par empoisonnement, etc.

Dans un arrêt du 10-1-1934 (11), le Conseil d'Etat a confirmé le principe en déclarant un département pécuniairement responsable au cas où un aliéné est décédé « victime des fautes personnelles commises *dans l'exercice de leur fonction* par les agents de l'établissement ». Il est hors de doute que les infirmiers qui maltraitent un aliéné en le maîtrisant commettent une faute personnelle dans l'exercice de leurs fonctions.

Dans un arrêt du 22 janvier 1932 (12), le Conseil d'Etat a statué dans le même sens en motivant son arrêt comme suit : « Considérant qu'il est établi que le décès du sieur D... a été provoqué par les coups qui lui ont été portés lors de son admis sion à l'asile départemental de B..., par le sieur D..., infirmier à la garde de qui il avait été confié ; que ce dernier n'a pu exercer de tels sévices que par suite d'un manque de surveillance résultant d'une organisation défectueuse de l'asile ; que cette faute engage ainsi la responsabilité du département... »

Ce sont des cas de cumul de la responsabilité de l'administration et de celle de l'agent.

Mais il est hors de doute, également, que maltraiter un malade, en dehors du service, c'est-à-dire en dehors de la mission confiée à l'agent, n'est pas une faute qui engage l'administration. L'infirmier, par exemple, qui, pour assouvir une haine personnelle, vient s'attaquer à un malade d'un service autre que le sien, n'engage que sa propre responsabilité. Celle-ci ne saurait être cumulée avec celle de l'administration qu'à la condition que l'incident fasse apparaître une faute de surveillance grave : par exemple, dans le cas cité, l'absence du personnel

(11) Lebon, p. 48.
(12) Revue Hospitalière de France 1936, p. 369.

de service pendant que l'incident s'est produit. Si pareille faute n'existe pas, l'administration est irresponsable, la faute de l'agent se détachant nettement du service.

En somme, il ne suffit pas, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, que le service ait fourni l'occasion du dommage. Il faut encore que ce dommage puisse directement être rattaché à une faute qui survient dans l'accomplissement du service.

Dans le même ordre d'idées, nous citerons un arrêt du Conseil d'Etat en date du 29-1-1936 (13), condamnant un département à verser une indemnité de 15.000 francs aux héritiers d'un aliéné mort accidentellement à la suite de son évasion (14).

β) *Dommages aux biens.* — 1° *Le vol* commis au détriment d'un hospitalisé par le personnel. engage-t-il toujours l'administration ?

Nous ne le croyons pas. Le principe énoncé dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 10-1-1934 précité dicte cette solution que l'administration ne saurait être responsable qu'au cas où le vol a été commis dans l'exercice des fonctions. Or, un vol peut-il jamais être consommé « dans l'exercice des fonctions » ? On ne peut répondre affirmativement qu'à titre d'exception, si le vol est commis par le personnel chargé de surveiller, de mettre en magasin ou de transporter les objets appartenant aux administrés.

Faut-il admettre, par contre, que l'infirmier, qui est attaché à un service de malades déterminé et qui y commet un vol, engage toujours en vertu de ses fonctions même, la responsabilité de l'administration ? L'affectation à un service de malade n'entraîne nullement l'obligation de surveiller les biens et effets du malade. Ce rôle ne fait pas partie des fonctions de l'agent. Si l'infirmier soustrait un objet appartenant au malade, il n'agit donc pas « dans l'exercice de ses fonctions ».

(13) R.H. 1937, p. 75.

(14) « Considérant, dit l'arrêt, qu'à la suite des évasions successives du sieur C..., ce dernier devait être l'objet d'une surveillance très stricte ; qu'en n'exerçant pas une telle surveillance, les infirmiers qui accompagnaient ledit sieur C... ont commis une faute manifeste et d'une particulière gravité. » — Voir également C.E. 3-2-1937. Revue Hospitalière de France 1937, p. 187.

L'on ne saurait dire qu'il remplit mal son service, puisqu'il agit en dehors de ses instructions et de sa mission.

Le vol constitue dans la plupart des cas une circonstance nettement détachable du service entraînant la responsabilité exclusive de l'agent.

Cependant, il peut révéler un défaut d'organisation ou de surveillance indépendant de la faute de l'agent et susceptible d'entraîner le cumul des deux responsabilités : négligence commise par l'administration lors de l'engagement de l'agent fautif, dès lors que, par exemple, la production de l'extrait du casier judiciaire aurait suffi pour constater qu'il s'agit d'un repris de justice ; mantien en service de l'agent malgré d'autres vols commis dans son poste antérieurement ; accord implicite de l'administration que l'agent prenne personnellement en dépôt les objets et valeurs des administrés, etc.

2° Nous venons de faire allusion au fait que l'administration ne garantit pas la *garde des objets et effets* du malade. Mais comment concilier cette solution avec les principes du Code civil sur le dépôt nécessaire ?

Les tribunaux ordinaires n'ont-ils pas jugé que le dépôt effectué par le pensionnaire d'un établissement hospitalier peut présenter les caractères d'un dépôt nécessaire (15) et qu'il en est de même des vêtements laissés par un client dans l'antichambre du cabinet de consultation d'un médecin (16) !

Il est un premier point certain ; c'est que les tribunaux administratifs, seuls compétents en matière de responsabilité envers les administrés de l'établissement hospitalier, s'inspireront en cette matière des principes du dépôt tels que les relate le Code civil.

De là à admettre d'une manière générale le dépôt nécessaire dans les établissements publics hospitaliers, il y a loin. Certes, il faut l'admettre dans certains cas exceptionnels ; notamment en faveur du blessé amené sans connaissance à l'hôpital, en faveur de l'opéré qui est sous l'effet de l'anesthésie. L'adminis-

(15) Lyon, 23-7-1897, D.P. 1897-2-343.
(16) C. de Cass. de Rome, 13-5-1913, D.P. 1914-2-65.
Notons que, dans aucun cas, les administrés ne sauraient invoquer la responsabilité spéciale des hôteliers telle qu'elle résulte des articles 1952 et 1953 du Code Civil, cette responsabilité étant de droit étroit.

tration se charge également d'obligations analogues à celles du dépositaire, dès lors qu'elle se charge de conserver les effets et valeurs pendant la durée de l'hospitalisation, encore que, dans ce cas, il n'y ait pas contrat, mais situation réglementaire propre au droit administratif. Mais en dehors de tous ces cas, l'on ne saurait mettre à la charge de l'administration d'obligation de dépositaire.

Souvent, le règlement de l'établissement fixera exactement les obligations que la commission administrative prend à sa charge en matière de dépôt d'objets apportés par ses usagers. Il précisera, généralement, qu'aucune garantie ne peut être donnée pour les objets qui ne lui sont pas remis en dépôt, et cette prescription est parfaitement licite.

b) *Organisation défectueuse du service.* — En l'absence de fautes commises par le personnel, ou parallèlement à pareilles fautes, l'activité hospitalière peut révéler des défauts d'organisation qui, en cas de dommage, engagent la responsabilité de l'administration.

La jurisprudence offre des exemples de cette responsabilité:

1° Par arrêt du 2-6-1933 (17), le Conseil d'Etat a accordé une indemnité au mari d'une aliénée internée, rendue enceinte des œuvres d'un employé de l'asile. On aurait pu admettre qu'il y a là, exclusivement, un fait personnel de l'agent en question, dont il devait seul supporter les conséquences dommageables. Mais l'arrêt précise que les circonstances avaient fait apparaître un défaut d'organisation et de surveillance, qui constituait une véritable faute de service entraînant la responsabilité de l'administration.

2° La Cour d'Appel de Bordeaux, par arrêt du 14-3-1929 (18), a condamné la commission administrative d'un établissement public hospitalier à payer des dommages-intérêts aux parents d'une enfant contaminée dans une salle de malades où étaient admis des enfants atteints de maladies contagieuses, en invoquant, d'ailleurs d'une manière inexacte, une obligation de garde contractuelle, incombant à l'administration hospitalière. Abstraction faite de cette erreur, il est incontestable, par ail-

(17) Lebon, p. 630.
(18) R.H. 1930, p. 91.

leurs, que la non-séparation des contagieux et des non-contagieux constitue toujours une faute de service. Notons que l'exception d'incompétence n'avait pas été opposée.

3° Le tribunal de la Seine a décidé, par jugement du 25-10-1912 (19), dans un procès intenté contre l'Assistance publique de la Ville de Paris, qu'une mère, qui n'est pas avisée en temps utile par l'administration du décès de son enfant hospitalisé, pour lui rendre les derniers devoirs, est fondée à réclamer une indemnité. Dans ce cas également, le tribunal aurait dû se déclarer incompétent. Il est douteux, si le Conseil d'Etat, saisi de pareille demande, accorderait une indemnité, du moment qu'aucun dommage matériel n'est résulté de l'information tardive. Suivant sa doctrine, « les larmes ne se monnaient pas ».

Il faudrait se garder de confondre cette faute d'organisation, qui n'est pas le fait d'un agent, avec une sorte de faute anonyme, présumée de l'administration. La victime doit rapporter la preuve directe de la faute, qui doit revêtir une particulière gravité. La jurisprudence, à cet égard, reste tout à fait dans la ligne générale, telle que nous l'avons décrite.

Faisons une place à part à la catégorie des dommages causés par le mauvais état des objets, installations et ouvrages, dont se sert ou que possède l'administration.

Ici une distinction s'impose.

1° Si le dommage est causé par un travail ou un ouvrage public, la responsabilité pour risque, traditionnelle en cette matière, donne à l'usager, comme au tiers, des garanties augmentées, car il n'a pas à rapporter la preuve d'une faute de l'administration. Rappelons qu'en matière hospitalière, cette responsabilité ne peut jouer qu'à l'occasion des bâtiments et ouvrages affectés au service. Encore faut-il que le fait générateur du dommage ne soit pas un fait d'exploitation du service installé dans l'ouvrage, mais un fait d'exécution ou d'entretien de l'ouvrage lui-même, ou une abstention dans l'entretien.

Citons un arrêté du Conseil Interdépartemental de Préfecture de la Seine en date du 21-1-1935 (20), qui, conformément à une jurisprudence bien assise, déclare l'administration res-

(19) R.E.B. 1913, 109.
(20) Gaz. Pal. 1935, p. 540.

ponsable envers ses usagers pour les dommages résultant du défaut d'entretien normal des bâtiments affectés au service (21).

2° Pour tous les dommages ne rentrant pas dans la catégorie que nous venons de définir, il faut appliquer le principe général de la responsabilité pour faute.

Nous trouvons dans les annales de la jurisprudence judiciaire un jugement très intéressant que nous citons à titre d'exemple, quoiqu'aujourd'hui il faille contester la compétence de la juridiction qui l'a prononcé : le tribunal civil de Lyon, par un jugement du 26-5-1897 (22), a condamné un département gestionnaire d'un asile d'aliénés à payer 5.000 francs de dommages-intérêts aux héritiers d'une internée brûlée dans un bain bouillant, dans lequel elle avait été attachée. L'accident était dû au mauvais état du robinet d'eau chaude que l'administration avait omis de réparer malgré les réclamations de l'infirmière préposée au service. L'établissement doit supporter les conséquences de cette négligence. Il est permis de penser que le Conseil d'Etat, vu la faute de service caractérisée, condamnerait également l'administration dans pareil cas.

2° *Dommages causés par les tiers.* — Sauf le cas de gestion de fait acceptée par la commission administrative, les tiers, qui causent un dommage aux usagers, ne peuvent en principe, engager la responsabilité de l'établissement public hospitalier.

Nous ne revenons pas aux raisons qui justifient l'inapplication, en cette matière, de la responsabilité découlant du principe du risque. L'établissement, hormis les dommages causés par les travaux publics, ne peut être responsable envers ses usagers que dans les termes du droit commun administratif.

La seule responsabilité, qui puisse jouer en matière de dommage causé par les tiers, est donc celle qu'engendre le défaut d'organisation et de surveillance.

Nous renvoyons, quant à la nécessité de la preuve de cette faute, aux explications que nous venons de donner, explications qui s'appliquent a fortiori aux dommages causés par les tiers.

La jurisprudence est peu abondante en la matière. Citons

(21) Il s'agissait d'un accident dû à une dénivellation dangereuse d'un escalier public.

(22) R.E.B. 1897, p. 247.

un arrêt du 10-7-1894 (23), par lequel la Cour d'appel de Lyon a condamné le département du Rhône, propriétaire d'un asile d'aliénés, à payer une somme de 4.000 francs au mari d'une aliénée, admise au dit asile, qui avait été rendue enceinte des œuvres d'un autre aliéné. La non-séparation des sexes dans un asile d'aliénés constitue, en effet, une faute de l'administration, un défaut d'organisation et de surveillance. L'exception d'incompétence n'avait pas été opposée. Il n'y a là rien d'étonnant, vu l'époque à laquelle remonte cet arrêt.

Si la preuve d'une faute de surveillance de l'administration apparaît comme nécessaire dans le cas où l'hospitalisé subit un dommage du fait de l'administration, des autres usagers ou des tiers, cette nécessité devient plus pressante encore dans les cas où le dommage subi par le malade est dû à son propre fait.

2) *Protection de l'usager contre les dommages ayant leur source dans son propre état.*

Rien de plus facile que d'imaginer des cas d'espèce dans lesquels le malade, soit en raison de son état de santé, soit en raison de son âge est cause de son propre dommage : un fiévreux en délire se précipite par une fenêtre et meurt ou se blesse. Un aliéné s'évade et trouve la mort. Un malade se suicide à l'hôpital. Un opéré de la cataracte, pris de peur, au cours de la nuit, déchire son pansement et se crève les yeux. Un enfant assisté en bas âge quitte le trottoir et est écrasé par une automobile, etc.

L'hospitalisation, en effet, a pour but de protéger l'hospitalisé non seulement contre l'activité dommageable des particuliers, mais aussi contre le risque de dommage inhérent à sa propre faiblesse, physique ou mentale.

La jurisprudence, que nous avions l'occasion de citer, permet, dès l'abord, de poser en principe que les établissements publics, hospitaliers ne sauraient être obligés d'assurer à leurs administrés une surveillance continue, c'est-à-dire, de placer à côté de chaque usager un surveillant en vue d'empêcher tous les accidents qui pourraient se produire, par suite de son état

(23) R.E.B. 1894, p. 354.

mental, d'une fugue ou de son ignorance. Cela, en effet, serait impossible.

Dans ce domaine, la responsabilité de l'administration basée sur la notion de risque serait fantaisiste et contraire à l'équité.

Par contre, les tribunaux rechercheront, en cas de dommage, si l'administration a commis une faute, c'est-à-dire si elle a failli à un devoir de surveillance considéré comme *normal*. Autant dire qu'ils se réservent d'apprécier souverainement les circonstances de chaque cause et de décider si, eu égard à ces circonstances, la surveillance était suffisante ou non.

La nécessité de la preuve directe de la faute de service résulte d'une abondante jurisprudence :

1) En matière d'évasion ou de suicide d'aliénés ou de malades:

1° Par arrêt du 12-4-1924 (24), le Conseil d'Etat constate que le fait du suicide d'un aliéné dans un asile ne constitue pas en lui-même une faute de service. Il faut que la victime (en l'occurrence le parent de l'intéressé) rapporte la preuve directe d'une faute manifeste et d'une particulière gravité.

2° Par arrêt du 27 octobre 1933 (25), le Conseil d'Etat, encore à l'occasion du décès accidentel d'un aliéné évadé, précise en des termes formels :

« Considérant que l'instruction n'a révélé, dans l'organisation ou l'exécution du service public, aucune faute manifeste et d'une particulière gravité, qui, dans les circonstances de l'affaire, soit de nature à engager la responsabilité du département... »

3 La même solution est admise par un arrêt du 5 janvier 1906 (26), dans le cas de l'évasion d'un sous-officier soigné dans un hôpital militaire, qui est allé se jeter sous un train en marche (27).

De nombreuses décisions des tribunaux judiciaires sont in-

(24) Lebon, page 409.
(25) R.E.B. 1934, page 364.
(26) Lebon, page 13.
(27) Voir également : C.E. 24-6-1921, Lebon, p. 632 ; 12-4-1924, Lebon, p. 409 ; 8-1-1931, R.E.B. 1931, p. 203.

tervenues dans le même sens : Cour d'Appel de Bordeaux 27-7-1903 (28), cas d'évasion et de suicide d'un aliéné ; Cour d'Appel d'Orléans 13-7-1898 : Condamnation de l'administration, un aliéné ayant sauté par la fenêtre, que le personnel avait omis de fermer ; Tribunal Civil de Lyon 17-7-1895 (29) : suicide d'un malade ; 31-7-1900 (30) : suicide d'un typhique. Des décisions plus récentes ont confirmé cette jurisprudence: Cour d'Appel de Bordeaux 12-11-1930 (31) : suicide d'une hospitalisée ; Cour d'Appel de Montpellier 23-2-1931 (32) : incendie dans une cellule, au cours duquel un aliéné est mort brûlé vif.

On peut s'étonner que les tribunaux judiciaires continuent à statuer au fond sur ces questions de responsabilité, alors que c'est précisément en matière d'évasion d'aliénés qu'est intervenu le célèbre arrêt Feutry du 29-2-1908 (33), par lequel le Tribunal des Conflits a statué pour la première fois que seuls les tribunaux administratifs peuvent connaître des actions en responsabilité intentées contre les établissements hospitaliers (34).

2) En matière d'accidents imputables à l'état des malades :

1° Le 2-1-1935 (35), le Conseil d'Etat a décidé que la Commission administrative n'est pas responsable de la mort d'une hospitalisée, qui s'est levée la nuit et qui a mis le feu à sa chemise à l'officine du service.

Notons que la veilleuse du dit service avait été condamnée au pénal à 100 francs d'amende. Le Conseil d'Etat a estimé que la faute personnelle de la veilleuse n'engageait pas l'administration.

2° Le 2-11-1932 (36), le Conseil d'Etat statue dans le même sens : Le fait qu'un enfant âgé de 6 ans, venant d'être opéré

(28) RE.B. 1904, p. 86.
(29) R.E.B. 1895, p. 73.
(30) R.E.B. 1901, p. 147.
(31) R.E.B. 1931, p. 205.
(32) R.E.B. 1931, p. 374.
(33) R.E.B. 1908, p. 342.
(34) Voir également en ce sens un arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes du 3-7-1933, R.H. 1933, p. 648 : La Cour se déclare incompétente pour apprécier la responsabilité de l'administration en matière de suicide d'un aliéné payant.
(35) R.E.B. 1935, page 525.
(36) Lebon, page 899.

de l'appendicite, a pu se lever pendant la nuit et aller boire de l'eau, sans qu'on l'en ait empêché, ne constitue pas, non plus, une preuve suffisante d'un défaut de surveillance susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement.

3° Citons pour mémoire un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 20-3-1926 (37), qui condamne une commission administrative à payer 10.000 francs de dommages-intérêts à une femme qui, pendant son séjour à l'hôpital, en proie aux délires, s'était levée la nuit et précipitée par une fenêtre du second étage se blessant grièvement. Dans ce cas, la Cour n'a pas hésité d'affirmer que, le personnel ayant été averti de l'état de surexcitation dans lequel cette personne se trouvait, il avait le « devoir de prendre les mesures nécessaires pour une surveillance constante de la malade ». Mais il faut faire toutes réserves, ici encore, quant à la compétence de la Cour.

3) En matière d'accidents, dont sont victimes les enfants hospitalisés en bas âge :

Un arrêt du Conseil d'Etat du 5-11-1931 (38) statue que l'accident dû au fait qu'un enfant âgé de 2 ans et demi s'est étranglé en tombant de son lit avec la courroie par laquelle il était attaché, « est imputable dans une certaine mesure à un défaut de surveillance de la part du personnel de l'hôpital », et entraîne, par conséquent, la responsabilité de l'administration.

La surveillance des enfants en bas âge doit, en effet, être continue et particulièrement vigilante.

III. — *Soins médicaux*

L'établissement hospitalier doit à ses usagers — c'est là le but même de leur hospitalisation — les soins qu'exige leur état.

Gardons-nous d'en conclure qu'il soit responsable envers eux du succès de ces soins, ou même, qu'il doive supporter toutes les conséquences de la faute du médecin. Nous renvoyons à cet égard aux considérations que nous a suggérées, dès notre introduction, la technicité du service médical.

(37) R.H. 1926, page 250.
(38) Lebon, p. 952.

Nous réservons l'étude détaillée de cette question importante au point de vue de l'étendue de la responsabilité hospitalière, en vue de lui consacrer la troisième section de ce chapitre.

IV. — *Respect de la liberté individuelle de l'hospitalisé*

L'hospitalisé, en principe, n'est pas admis par voie de contrainte administrative, hormis le cas de l'aliéné placé par ordre du Préfet, de l'enfant placé par le Tribunal pour enfants, etc.

1° En dehors des besoins de l'ordre intérieur et de la discipline, le malade ou son représentant légal conserve toute sa liberté et ne doit être molesté par l'administration de quelque manière que ce soit.

2° Il y a plus. Non seulement l'administration ne peut s'ingérer dans l'activité individuelle de l'hospitalisé que pour autant que l'ordre et la discipline l'exigent, mais l'activité médicale elle-même ne peut se développer qu'en plein accord avec l'individu appelé à en bénéficier ou avec son représentant légal.

3° Les cadavres des administrés décédés ne peuvent être disséqués ou autopsiés sans d'importantes restrictions.

4° Enfin, l'administration qui est appelée à connaître des faits de la vie intime physique ou morale de ses administrés, doit s'imposer la discrétion au sujet de ces renseignements. Elle est liée au secret médical.

Nous étudierons séparément ces quatre points de vue.

1) *Respect des droits individuels, civiques et politiques et des convictions religieuses des usagers.*

Le principe va de soi. Il est d'ordre constitutionnel. Mais la matière est intéressante au point de vue de la question de la compétence des tribunaux administratifs. Nous avons eu l'occasion d'affirmer, en effet, que les tribunaux ordinaires se considèrent comme les seuls gardiens des libertés individuelles.

L'hospitalisé, qui aurait subi une atteinte à sa liberté garantie par la Constitution, devrait agir devant les tribunaux

ordinaires. Cette exception à la règle de la compétence administrative n'est pas nettement limitée — on s'en rend compte, si l'on veut bien considérer combien est imprécise dans l'application la notion des libertés individuelles. La prudence s'impose, car ne serait-il pas trop commode de prétendre, chaque fois que l'administration a usé de sa prérogative de puissance publique, qu'il y a atteinte à un droit individuel ?

La Commission administrative, qui règle le service intérieur de l'établissement, peut prendre toutes mesures utiles pour assurer l'ordre. Les décisions qu'elle est appelée à prendre varient suivant les circonstances. Il n'est guère possible de poser, à cet égard, des principes absolus. On peut dire que ses pouvoirs varient au gré des circonstances (39).

Prétendre que la violation de la liberté individuelle ne peut être sanctionnée que par les tribunaux ordinaires, c'est affirmer que ces violations constituent de véritables actes d'usurpation de pouvoir (40), c'est-à-dire que les actes en question sont administrativement inexistants.

Mais souvent il y aura un simple excès de pouvoir.

Par exemple, en matière d'exercice du droit de vote par les hospitalisés, les pensionnaires ou le personnel, l'acte par lequel l'administration, en vue des élections, priverait de sortie l'ensemble de ces personnes le jour de l'élection ne serait pas, à notre sens, un acte d'usurpation de pouvoir portant atteinte à la liberté individuelle, mais un acte de détournement de pouvoir susceptible d'être attaqué devant le Conseil d'Etat. Des mesures de ce genre peuvent, en effet, être dictées par des considérations de service.

Par contre, l'administration qui refuserait l'accès d'un ministre du culte auprès d'un malade, qui a sollicité son appui, commettrait une véritable usurpation de pouvoir, étant donné que la liberté de conscience implique le droit pour l'hospitalisé d'accomplir ses devoirs religieux suivant ses convictions. Aucune considération de service ne pourrait, en effet, être invoquée en faveur de pareille décision prise par l'administration.

(39) Voir en ce sens M. Alibert, *op. cit.*, p. 294.
(40) Appleton, *op. cit.*, p. 144.

En somme, est entaché d'usurpation de pouvoir ou d'illégalité tout acte de l'administration restreignant sans nécessité de service majeure la liberté individuelle de l'administré. C'est la juridiction ordinaire qui connaîtra des suites dommageables de ces actes, lorsqu'ils constitueront des cas d'usurpation de pouvoir. C'est la juridiction administrative qui restera compétente, lorsqu'il y a simple excès de pouvoir.

Remarquons que, dans cette matière, la responsabilité pécuniaire de l'administration ne pourra que très rarement être invoquée devant les tribunaux administratifs. Il est très difficile, en effet, d'imaginer dans ces cas, un dommage matériel estimable en argent, et susceptible d'entraîner une condamnation pécuniaire.

2) *Nécessité de l'accord de l'hospitalisé au sujet du traitement médical.*

La nécessité de renseigner le malade au sujet de sa maladie et des moyens qui seront appliqués pour la combattre et d'obtenir son accord pour les opérations et traitements dangereux, de façon à le tenir au courant des actes médicaux dont il est l'objet, ne résulte pas de la loi écrite. Elle découle du principe de la liberté individuelle.

Cette mise au courant ne peut être assurée que par le technicien de l'hôpital. Elle fait partie du rôle du médecin.

La responsabilité de l'établissement hospitalier en cette matière ne peut naître que dans la mesure où il peut être rendu responsable pour l'activité du médecin. Cette question fera l'objet de la section III de ce chapitre.

Suivant la jurisprudence constante des tribunaux judiciaires, nul ne peut être opéré sans son consentement (41) et la preuve de ce consentement incombe au médecin. Le consentement ne s'induit pas du silence du malade. Remarquons qu'il s'agissait dans l'espèce particulièrement intéressante jugée par la Cour de Lyon d'une opération peu grave.

Le malade doit également déclarer son accord en matière d'examen radiographique ou de tout autre procédé d'examen

(41) Alger, 17-3-94, DP. 1895-2-69 ; Lyon, 6-1-1937. Rev. Hosp. France 1937, p. 124.

comportant certains risques (42), de même qu'avant toute médication dangereuse.

L'obligation d'obtenir le consentement du malade ne disparaît qu'en cas d'urgence, s'il est matériellement impossible d'obtenir le consentement de la famille.

Nous admettons que ces solutions devront être adoptées également en matière hospitalière. La commission administrative ne saurait supprimer dans son règlement intérieur la nécessité d'obtenir le consentement du malade. Toute disposition de ce genre serait nulle, comme contraire à la liberté individuelle. En d'autres termes, le principe de l'obligation d'obtenir le consentement du malade est en dehors du domaine dans lequel s'applique le pouvoir réglementaire de la commission administrative.

Il n'est pas sans intérêt de noter ce nouvel exemple de la nécessité d'un élément contractuel se superposant à la situation statutaire de l'usager du service public hospitalier. Nous en avons déjà noté un autre en relevant que cet usager s'adresse librement au service public hospitalier. Ces bornes posées au pouvoir réglementaire de l'administration font apparaître le caractère absolu et inviolable des principes découlant de la liberté individuelle.

Mais il serait inexact d'interpréter cet accord donné au médecin comme un contrat passé avec lui. Le médecin hospitalier agit à l'égard de l'usager comme un fonctionnaire. Il agit pour le compte de l'administration (43).

3) *Dissection et autopsie des cadavres des personnes décédées à l'hôpital.*

En l'occurrence, la responsabilité de l'administration ne pourrait être engagée qu'à l'égard des parents de l'usager. La question se rattache à la question de la liberté individuelle par le fait qu'il faut faire intervenir dans une certaine mesure — qu'il s'agit précisément de déterminer — l'acceptation de l'intéressé ou de ses ayants-droit.

La dissection se distingue de l'autopsie par le fait qu'elle a

(42) Aix, 22-10-1906, D.P. 1907-2-41.
(43) Voir C.E. 21-2-1936, R.E.B. 1937, p. 21.

pour seul but l'instruction professionnelle de l'étudiant ou du médecin ; c'est l'ouverture d'un cadavre pour en faire l'anatomie, tandis que l'autopsie vise exclusivement la recherche d'une cause de maladie ou de décès ; ce but atteint, l'autopsie est terminée.

M. Cros-Mayrevieille cite dans son ouvrage (44) une décision ministérielle intervenue bien avant la guerre de 1914-1918, dans laquelle le ministre examine, si les commissions administratives ont le droit d'autoriser l'autopsie. Il estime qu'il appartient à la commission administrative « d'imposer à son bienfait telles conditions qu'elle juge convenables, pourvu que ces conditions n'aient rien de contraire aux lois et à la morale ». Il ajoute que l'autopsie n'est pas prohibée par la loi, qu'au contraire « on voit un grand nombre de familles réclamer cette opération », et il en conclut qu' « un règlement hospitalier aurait donc incontestablement le droit rigoureux de stipuler, que l'administration se réserve la faculté de faire opérer l'autopsie de tout individu décédé dans l'établissement ».

Nous admettons la conclusion, à savoir que l'administration a le droit de réglementer l'autopsie, avec cette réserve, d'ailleurs, que le malade lui-même ait toujours la latitude de manifester le désir d'y échapper et que la famille, prévenue du décès, puisse réclamer le corps.

Notons que le règlement modèle de 1924 se contente d'indiquer dans son art. 43 :

« L'autopsie pourra être pratiquée dans un but scientifique à moins d'opposition de la part des familles. »

La faculté de procéder à l'autopsie n'a pas sa base dans une sorte de contrat, auquel adhérerait le malade par le fait de son admission. Mais nous estimons qu'elle fait partie du pouvoir réglementaire de la commission administrative dans la mesure seulement, où le malade et sa famille n'ont pas fait opposition à l'opération, condition qui suppose, que la famille ait été prévenue du décès et qu'un délai suffisant pour avoir matériellement la possibilité de faire opposition se soit écoulé.

La réserve de la volonté contraire exprimée par le malade

(44) Cros-Mayrevieille « Traité de l'Assistance hospitalière », page 94. Berger-Levrault, 1912.

lui-même est nécessaire, car, de même qu'il serait contraire au principe de la liberté individuelle qu'un malade soit soumis, contrairement à sa volonté clairement exprimée, à une opération de son vivant, de même il faut lui reconnaître ce suprême droit de décision pour l'opération d'autopsie qui pourrait avoir lieu après son décès.

Mais à ce point de vue, il nous semble qu'il faille distinguer l'autopsie et la dissection. L'autopsie, en effet, peut être considérée comme la conséquence normale d'un traitement, d'une opération acceptée par le malade. La dissection, par contre, n'a aucun rapport avec l'activité médicale. Si l'on peut présumer, sauf déclaration de volonté contraire, que le malade soumis à un traitement dangereux accepte par avance qu'en cas de décès l'autopsie soit pratiquée, il n'en est pas de même de la dissection. L'immense majorité des malades admis à l'hôpital protesteraient avec une véhémence très compréhensible, si l'administration leur faisait entrevoir, qu'après leur décès leur corps serait livré au service universitaire d'anatomie, en vue d'être disséqué par les étudiants de la Faculté de médecine.

Tout en évitant une sentimentalité facilement excessive en matière de dissection, il semble que les Commissions administratives doivent toujours respecter le désir exprimé par le moribond.

Mais comment se justifie l'intervention de la famille ?

Deux considérations peuvent être invoquées à cet égard : D'une part, les parents peuvent être réputés agir suivant l'intention présumée du défunt et dans cet ordre d'idées leur décision constituera l'expression même — la dernière — de la volonté, présumée, par conséquent de la liberté individuelle du défunt. N'agissant pas en vertu d'un droit propre, il semble que, dans ce cas, l'administration n'ait pas à consulter les parents, si le moribond lui-même avait manifesté un désir.

D'autre part, les parents peuvent être réputés agir en leur propre nom, parce que l'autopsie pratiquée a « froissé leurs sentiments personnels », et dans ce cas, ils pourraient même agir si le défunt ne s'était pas opposé à l'autopsie.

En droit strict, nous estimons que seule la première justification est plausible. Les parents ne pourraient bénéficier d'un

droit personnel qu'en vertu d'un texte qui le leur conférerait.

Remarquons qu'il n'appartient pas aux amis et associations de réclamer le corps d'un malade décédé. En fait, cependant, les établissements ne manqueront pas, parfois, de donner suite à pareilles réclamations, notamment, au cas où le demandeur offre de payer les frais d'hospitalisation.

Il est bien entendu, d'ailleurs, que la faculté de procéder à l'autopsie ou à la dissection n'existe en faveur des établissements hospitaliers que dans la mesure où le malade est décédé à l'établissement même. Il a été décidé, à bon droit, que l'autopsie ne peut avoir lieu si la personne amenée à l'hôpital était morte avant d'y être introduite (45).

Il va sans dire aussi que l'établissement n'est pas fondé à procéder à l'autopsie, si le corps ne provient pas d'un service de malades, dans lequel le malade est décédé ; par exemple, l'administration hospitalière ne saurait s'aviser à permettre la dissection sur les corps de personnes décédées dans des services autres que des services de malades, par exemple dans un orphelinat, ou bien sur le corps d'une personne ayant été au service de l'établissement.

Telle est la solution qui nous paraît être dictée par le principe de la liberté individuelle.

Quant aux formalités de l'opposition, au degré de parenté requis pour pouvoir valablement la former et à la mesure dans laquelle l'autopsie ou la dissection seront permises, le règlement de l'établissement contiendra toutes indications utiles. Il est évident que l'autopsie et la dissection doivent avoir lieu d'une manière décente.

Quelle est la responsabilité de l'administration pour inobservation de ces prescriptions ? Quelle est notamment sa responsabilité au cas où la dissection ou l'autopsie a lieu, sans que la famille ait été prévenue ou contrairement à la dernière volonté du malade ou, encore, au cas où, contrairement à son propre règlement, l'administration fait procéder à ces opérations ?

La question difficile est évidemment celle du dommage. Le

(45) Voir Cour d'Appel de Lyon, 17-6-96, D.P. 08-2-164 et R.E.B. 1896, p. 236.

dommage causé à un parent d'un malade décédé et soumis à l'autopsie ne peut être autre que moral. Il semble donc que devant le Conseil d'Etat il serait difficile d'obtenir gain de cause, puisqu'il n'alloue pas d'indemnités pour cette catégorie de dommages.

Devant les tribunaux judiciaires, par contre, qui sont compétents, l'action étant motivée par une atteinte à la liberté individuelle, ou par la voie de fait, les parents obtiennent des dommages-intérêts pour le dommage moral (46).

En résumé, la responsabilité pécuniaire que l'établissement hospitalier peut encourir en raison de l'autopsie ou de la dissection des corps des malades décédés dans ses services est assez restreinte, tant en raison du droit qu'il faut reconnaître à la commission administrative de réglementer l'autopsie des corps des malades décédés à l'hôpital, qu'en raison du caractère purement moral du dommage.

4) *Secret professionnel.*

L'article 378 du Code Pénal, qui consacre et sanctionne l'obligation du secret professionnel en matière médicale, a la teneur suivante :

« Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100 à 500 fr. »

Ce n'est pas la responsabilité des médecins, employés, infirmiers, etc., qui nous intéresse en l'occurrence, mais celle de l'administration hospitalière.

Si nous admettions, comme l'ont fait longtemps les auteurs et la jurisprudence, que le délit pénal ne peut constituer, au

(46) Voir Cour d'Appel de Lyon, 17-6-1896, précité. Dans cette affaire, le mari a obtenu une indemnité de Fr. 500.

L'arrêt comporte le « considérant » suivant : « Considérant... qu'au surplus, il suffit que l'autopsie pratiquée sans droit sur sa femme ait froissé ses sentiments personnels, son désir de préserver de toute atteinte le corps de celle qu'il venait de perdre, pour qu'il ait subi un préjudice moral dont il lui est dû réparation ».

point de vue de la responsabilité administrative qu'une faute personnelle de l'agent et non une faute de service, il faudrait conclure à l'irresponsabilité de l'établissement pour violation du secret médical.

Mais la jurisprudence a quitté cette attitude trop rigide ; le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont reconnu dans plusieurs arrêts récents qu'un délit pénal commis par un agent dans l'exercice de ses fonctions peut parfaitement constituer une faute de service susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration (47). Ce n'est pas la qualification pénale qui sert de critère entre la faute personnelle et la faute de service, c'est la gravité de la faute qui importe.

Or, précisément en matière de secret professionnel, délit le plus fréquemment commis sans intention de nuire (48), sans circonstance détachable du service, la détermination des cas d'application de l'art. 378 est tellement délicate qu'on ne saurait véritablement poser en principe, que la faute commise par l'agent est toujours d'une gravité suffisante pour devoir entraîner sa responsabilité personnelle ; il faut, au contraire, admettre que, dans de nombreux cas, elle devra être considérée comme une véritable faute de service, si elle a été commise dans l'exécution du service.

La jurisprudence précitée est trop nouvelle pour pouvoir offrir des cas d'espèce en matière de secret médical, et l'on comprend que le Conseil d'Etat n'ait pas encore eu l'occasion de statuer.

Nous verrons apparaître, dans certains cas, qui ont occupé les tribunaux ordinaires, notamment la Cour de Cassation, ce caractère fuyant et, en tout cas, difficilement déterminable de la faute de l'agent, qui dans l'exercice de ses fonctions a pu sans aucune intention malveillante divulguer des faits, dont il aurait dû garder le secret. Dans ces espèces, il est probable que le Conseil d'Etat, fort de sa nouvelle jurisprudence, concluera dorénavant à la faute de service.

Remarquons que tout fait appris par le personnel hospita-

(47) Voir Conflits 14-1-1935, S. 1935-3-17, note de M. Alibert.

(48) La violation du secret professionnel est punie même si elle est commise sans intention de nuire (Cass. 19-12-85, S. 1886-1-86 ; Cass. 9-5-1913, arrêts C. de Douai 1913, p. 215).

lier à l'occasion de ses fonctions ne présente pas les caractères d'un secret. Il convient, dans chaque cas, de se demander si la nature du fait ou les conséquences qui s'y rattachent le font rentrer dans les prévisions de l'art. 378. C'est ce qui résulte clairement d'un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile, en date du 13-7-1936 (49).

Ces précisions données, il est nécessaire de déterminer le fondement et l'étendue de l'obligation de respecter le secret médical, le cercle des personnes qui y sont assujetties et les conditions de la responsabilité de l'administration.

1° *Le fondement du secret médical* a fait l'objet de très laborieuses controverses doctrinales. Deux théories opposées se sont fait jour, qui apparaissent comme irréductibles l'une à l'autre, et entre lesquelles il faudra choisir.

Une première théorie soutient que le secret médical est établi dans le seul intérêt du malade, qui peut en dispenser les personnes visées à l'article 378 du code pénal. Elle considère l'obligation au secret comme un élément de la convention intervenant entre le malade et le médecin, contrat de mandat, suivant les uns, contrat de louage de service, suivant d'autres. Le manquement à cette stipulation contractuelle est considéré comme suffisamment grave pour que le législateur ait cru devoir instituer une sanction pénale.

Une autre théorie, de loin la plus répandue aujourd'hui en doctrine et surtout en jurisprudence, affirme que le secret médical n'est pas établi dans le seul intérêt du malade, mais dans l'intérêt de l'ensemble de la société. Il est d'ordre public et reste complètement en dehors de la convention privée. L'article 378 trouve son explication dans la nécessité d'augmenter la confiance de ceux qui viennent consulter le médecin et de garantir l'honneur des familles, nécessité qui, par nature, ne peut faire l'objet de tractations entre le malade et son confident.

Sans entrer dans la discussion de ces théories, qui n'offre plus qu'un intérêt rétrospectif, relevons simplement, pour justifier le choix que nous faisons en faveur de la deuxième, qu'il est impossible de rattacher en matière hospitalière à une con-

(49) Gaz. Pal. 1936, p. 727.

vention, même tacite, l'obligation des personnes visées à l'article 378 de garder le secret. Nous avons longuement discuté la nature juridique des relations existant entre les établissements publics hospitaliers et leurs administrés, et nous sommes arrivés à cette conclusion, qu'elles sont de nature exclusivement réglementaire. Il n'y a pas de place, dans ces rapports, pour une convention. A plus forte raison, l'agent de l'administration lui-même, le médecin, l'infirmière, l'employé, etc., n'est-il pas lié envers les malades, que l'administration lui enjoint de soigner, par des relations contractuelles. Pour rattacher l'obligation de respecter le secret professionnel à un contrat, il faudrait d'abord qu'une situation contractuelle existe.

Mais il ne faudrait pas conclure de son caractère non contractuel, que l'autorisation donnée par le malade de faire état des secrets, dans des circonstances précises, soit nulle et de nul effet. Rien ne l'empêche de renoncer, en ce qui le concerne, à ce que le secret soit gardé plus longtemps. Nous vérifierons cette réserve en examinant maintenant l'étendue de l'obligation du secret.

2° *Etendue de l'obligation au secret médical.* — Admettre d'une manière absolue que le secret médical doive toujours être gardé, quelle que soit l'attitude prise par le malade et la famille, reviendrait, en dernière analyse, à mettre le médecin, le confident, à l'abri de toute responsabilité. Tel n'est pas le but visé par l'article 378 du Code pénal.

S'il est institué dans l'intérêt public, en vue de fortifier la confiance, il ne peut avoir pour conséquence de contrevenir à d'autres intérêts publics, aussi et plus respectables, notamment, quand il s'agit d'aider le malade lui-même à obtenir son droit, ou quand il s'agit de protéger la société ou la famille contre un mal qu'ils ignoreraient, si le médecin ne pouvait parler.

M. Perraud-Charmentier (50) et M. Gabriel Jean (51) établissent des distinctions très intéressantes à cet égard. Nous renvoyons à leurs ouvrages.

(50) « Le secret professionnel. Ses limites et ses abus », 1925.
(51) « Contribution à l'étude du secret médical au point de vue juridique », thèse de Bordeaux, 1932.

L'obligation au secret médical doit céder :

1° Au cas où la loi à elle-même prévu des déclarations à faire par les médecins ;

2° Au cas où le principal intéressé, le malade, le relève du secret dans un intérêt sérieux et légitime (52).

Mais si le secret est établi dans l'intérêt de plusieurs personnes, l'accord de tous est nécessaire (53).

L'autorisation de révéler le secret peut s'induire des circonstances.

Notons, d'abord, que, malgré les termes de l'article 378, la jurisprudence assimile au cas du secret confié, visé par la loi, le cas du secret surpris (54).

1° Mais il n'y a pas violation du secret dans le fait par la personne, qui y est tenue, à informer le malade lui-même sur son état, notamment à lui délivrer un certificat constatant la maladie ; il appartient, en effet au malade, dans ce cas, de ne pas en faire un usage qui risquerait de lui être préjudiciable.

Le malade peut relever le médecin du secret, mais, même après sa mort, ni ses parents, ni les tiers ne le peuvent (55).

2° Quant aux déclarations en justice (témoignages, expertises, etc.) obligatoires en vertu de l'article 80 du Code d'instruction criminelle, l'obligation au secret doit, en principe, engager les personnes visées à l'article 378 du Code pénal, à refuser de fournir des déclarations susceptibles de révéler le secret médical (56).

Mais cette solution est susceptible de tempéraments. La Cour de Cassation a décidé qu'un directeur d'hôpital ne peut valablement se refuser, en prétextant le secret professionnel, à déposer au sujet de l'admission d'un malade (57), si cette déposition ne risque pas d'avoir pour conséquence de porter atteinte à l'honneur de la famille du malade.

Le respect du secret professionnel prévaut, de même, sur

(52) Voir en ce sens : Cass. 19-1-1914, D.P. 1919-1-58 ; 26-5-1914, D.P. 1919-1-56.

(53) Voir Grenoble, 23-8-1928.

(54) Cass. 9-7-1886, D.P. 1886-1-475.

(55) Cour d'Appel de Paris, 4-2-1891, D.P. 1891-2-31 et 31-10-1924 ; Montpellier, 7-3-1928, Gaz. Pal. 21-6-1928 ; Cass. 19-1-1914, D.P. 1919-1-58, Cass. 26-5-1914, D.P. 1919-1-56 ; Besançon, 7-6-899, S. 1901, 208.

(56) Voir Meaux, 22-11-1923, S. 1924-3-48.

(57) Voir R.E.B. 1893, p. 267, arrêt du 16-3-1893.

l'obligation de dénoncer les coupables en matière de crimes et délits, prévue par l'article 30 du Code d'instruction criminelle.

La Cour de Cassation n'a pas hésité à affirmer qu'une déposition faite ou un certificat délivré en violation du secret professionnel ne saurait être retenue par la justice comme un élément de preuve (58).

Reste à savoir si l'obligation de garder le secret médical ne va pas mettre l'administrateur, l'employé d'hospice, etc. en contradiction avec l'article 29 du Code d'instruction criminelle, qui prescrit :

« Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur le champ au procurer du roi. »

Nous admettons avec MM. Derouin et Gory (59) que l'administrateur doit garder le secret.

3° Il y a des cas, dans lesquels le secret médical doit être divulgué, soit en vertu de la loi elle-même, soit en vue, précisément, de l'intérêt des familles, dans lequel il est institué.

C'est ainsi que, par un avis du 4-8-1925 (60), le Conseil d'Etat a déclaré que les médecins ne peuvent opposer le secret professionnel aux membres des commissions de contrôle chargées de vérifier les mémoires et notes de frais établis pour l'assistance médicale gratuite.

C'est ainsi encore que, dans les relations avec les membres de la famille du malade décédé, il n'y a pas violation du secret médical, si le médecin indique à la famille les causes du décès (61).

Il en est ainsi, enfin, au cas où un médecin aliéniste écrit à l'épouse d'un aliéné, dans l'intérêt du malade, une lettre relative à des faits secrets qu'à la vérité elle connaissait déjà (62).

En général, quand il s'agit d'enfants admis dans les établissements hospitaliers, il importe de remarquer que l'exer-

(58) Voir Cass. civ. 1-5-1899 et Cass. crim. 19-5-1900, S. 1901-1-15, et 168, D. p. 1903-1-553, et Cass. 29-3-1927, D.P. 1927-1-185, note de M. Mazeaud.
(59) Voir p. 493 de leur ouvrage précité.
(60) R.E.B. 1926, p. 153.
(61) Voir Cass. req. 30-4-1907, R.E.B. 1907, p. 213.
(62) Tribunal Châlons-sur-Marne, 7-4-1906, R.E.B. 1907, p. 150.

cice de la puissance paternelle exige qu'il soit fait exception, en faveur des proches parents, à l'obligation du secret professionnel. On comprendrait difficilement que les parents ne puissent obtenir de renseigements sur l'état de santé ou les confidences de l'enfant, étant donné, d'abord, qu'ils en auraient fatalement connaissance, du moins en tant qu'il ne s'agit pas de renseignements d'ordre médical, si l'enfant était soigné à domicile, et, ensuite, que ces renseignements peuvent être particulièrement précieux en vue de l'éducation, de l'instruction, du développement physique, bref de l'avenir de l'enfant.

Il faut, à notre sens, étendre cette exception aux hospitalisés même adultes, en faveur de ceux qui d'habitude vivent en commun avec eux et qui, de ce fait, ont souvent un intérêt légitime à être informés au sujet de leur bien-être. Mais, il faudra, en tout état de cause, respecter la volonté du malade lui-même. Les membres de la famille ne peuvent obtenir de renseignements au sujet d'un malade, sur lequel ils n'ont pas la puissance paternelle, que si le malade ne s'y oppose pas. On imagine très bien, par exemple, qu'il ait un intérêt à cacher, même à ses proches, certaines maladies qu'il considère, ou que ses parents considèrent comme honteuses ou comme dangereuses (maladies contagieuses, maladies vénériennes, etc.).

4° N'est pas lié au secret professionnel le médecin qui, se renfermant dans les limites tracées par les prescriptions de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, délivre le certificat prévu par l'art. 11 de cette loi, certificat qui doit être produit devant le juge de paix (63).

Mais le certificat ne peut être remis qu'à la victime, l'employeur ne peut le recevoir qu'en vertu de l'accord de la victime (64).

La même solution devra être admise en ce qui concerne les certificats médicaux délivrés par le médecin en vertu des prescriptions de l'assurance sociale, notamment les certificats de contrôle visés par l'art. 7 de la loi du 5-4-1928.

En matière d'assistance médicale gratuite le médecin ne doit

(63) Voir en ce sens : Orléans, 19-11-1929, Gaz. Pal. 1930-1-17 ; et Douai, 19-12-1932, Gaz. Pal., Tables 1930-35, « Secret professionnel », p. 590, n°s 12 et 13.

(64) Voir Cass., 26-5-1914, D.P. 1919-1-56.

pas communiquer au Préfet de diagnostic sur les bulletins de visite (65).

5° En exécution de l'article 8 de la loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique, certaines personnes sont tenues de faire la déclaration à l'autorité de certaines maladies épidémiques. Voici le texte de cet article :

« Tout docteur en médecine, officier de santé ou sage-femme est tenu de faire à l'autorité publique, son diagnostic établi, la déclaration des cas de maladies épidémiques tombées sous son observation et visées dans le paragraphe suivant.

La liste des maladies, dont la divulgation n'engage pas le secret professionnel, sera dressée par arrêté du Ministre de l'Intérieur après avis de l'Académie de Médecine et du Comité consultatif d'hygiène publique de France. Le même arrêté fixera le mode de déclaration des dites maladies » (66).

Notons que la déclaration seule constitue une exception à

(65) C.E. 9-11-1928, D.P. 29-3-26.

(66) C'est un décret du19-2-1903, modifié par plusieurs autres décrets, qui a arrêté la liste des maladies sujettes à déclaration :

« Maladies pour lesquelles la déclaration et la désinfection sont obligatoires :

1° La fièvre typhoïde et paratyphoïde ;
2° Le typhus exanthématique ;
3° La variole et la varioloïde ;
4° La scarlatine ;
5° La rougeole ;
6° La diphtérie ;
7° La suette militaire ;
8° Le choléra et les maladies cholériformes ;
9° La peste ;
10° La fièvre jaune ;
11° La dysenterie ;
12° Les infections puerpérales et l'ophtalmie des nouveau-nés (lorsque le secret de l'accouchement n'a pas été réclamé) ;
13° La méningite cérébro-spinale épidémique ;
14° La polyomyélite antérieure aiguë ;
15° La trachome ;
16° La fièvre ondulante ;
17° La lèpre.

Maladies pour lesquelles la déclaration est facultative :

A. La tuberculose pulmonaire ;
B. La coqueluche ;
C. La grippe ;
D. La pneumonie et la broncho-pneumonie ;
E. L'érysipèle ;
F. Les oreillons ;
G. La teigne. »

l'obligation du secret. Il a été décidé que le secrétaire de mairie est astreint au secret, à la suite des déclarations faites, même envers les membres du Conseil municipal (67).

6° Reste une dernière question : l'administration attaquée en justice doit-elle garder le secret médical ?

Nous estimons que si l'intéressé lui-même ou ses héritiers attaquent l'administration, et si la révélation du secret constitue une nécessité de la défense, l'administration n'est pas tenue au silence.

Mais elle ne saurait, à l'occasion de l'action divulguer de pareils secrets, si cela n'est pas indispensable. La divulgation ne saurait être justifiée si elle constitue une simple chicane faite dans un esprit de représaille ou de vengeance.

3° Le *cercle des personnes assujetties au secret médical* est limitativement déterminé par l'art. 378. Quels sont les agents de l'administration hospitalière, pour le fait desquels l'administration pourrait être responsable ?

Remarquons que les termes « ...et toutes personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie... » sont très compréhensifs. On comprend difficilement, comment on a pu douter qu'ils visent tous les auxiliaires du médecin, toutes les personnes attachées au service hospitalier et administratif des établissements. On pourrait, néanmoins, citer en sens contraire un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 8-12-1864 (68), dans lequel la Haute Cour n'a pas cru devoir astreindre au secret médical un individu appelé accidentellement, mais sous la surveillance d'un médecin, à soigner un malade. Le cas était, à la vérité, assez particulier, et nous ne pouvons admettre que la Cour de Cassation, qui applique sans hésitation l'art. 378 aux directeurs d'hôpital (69), ne l'appliquerait pas aux infirmières, infirmiers, sœurs de charité et même au personnel domestique travaillant au contact des malades.

4° *Conditions de la responsabilité de l'administration.* — La

(67) Cass. 13-3-1897, D.P. 1897-1-233.

(68) D.P. 67-5-431.

(69) Cass. crim. 1895, 14 mars, S. 1895-1-375, R.E.B. 1895-214, et Cass. crim. 13-3-1897, D.P 1897-1-233, avec la note de M Saint-Lanzac de Laborie.

responsabilité civile de l'établissement, la seule qui nous intéresse ici, pourra être invoquée, quelle que soit l'issue de l'instance pénale, notamment, en cas de prescription de l'action publique, etc. Dans quels cas l'établissement est-il pécuniairement responsable des suites de la violation du secret médical par l'un de ses agents ?

Remarquons que la révélation du secret dans les conditions de l'art. 378 du Code pénal n'est punissable qu'à la condition que les faits divulgués soient parvenus à la connaissance des personnes inculpées en raison de leur état ou de leur profession (70).

L'établissement public hospitalier ne saurait donc être responsable de la divulgation de secrets dont son personnel a eu connaissance en dehors de l'exercice des fonctions.

Pour qu'il y ait faute de service, il faut, d'une part, que le secret ait été appris ou surpris par l'agent dans l'exercice de ses fonctions et d'autre part que l'indiscrétion ait également eu lieu dans cet exercice. Il faut, enfin, qu'elle ne révèle aucun fait détachable du service (intention malveillante, intérêt pécuniaire à trahir le secret à un particulier, etc.).

La première condition résulte clairement de l'art. 378 lui-même, conformément à l'interprétation qui en a été faite par l'arrêt précité de la Cour de Cassation en date du 14-1-1933. La seconde est dictée par la notion même de la faute de service, qui ne peut naître qu'à l'occasion du service. La troisième, enfin, procède de la distinction de la responsabilité personnelle de l'agent et de la responsabilité de l'administration.

Le dommage peut être soit matériel (certificat délivré en vue d'obtenir un avantage, un paiement, une indemnité, etc.) ou moral (divulgation de renseignements de nature intime, qui nuit au bon renom, qui crée l'antipathie, etc). Mais en principe, devant les tribunaux administratifs, seul le dommage matériel est susceptible d'être allégué utilement.

Presque toute la jurisprudence que nous avions l'occasion de citer a été l'œuvre des tribunaux judiciaires. N'oublions pas, à cet égard, qu'en matière hospitalière, seuls les tribunaux administratifs sont compétents pour déclarer l'établissement

(70) Cass. crim. 14-1-1933, Gaz. Pal. 1933-1-346.

public responsable. La rubrique générale de la « Liberté individuelle » sous laquelle nous avons placé la question du secret médical ne doit pas, en effet, nous induire en erreur.

Cependant, l'action civile étant, en l'occurrence, le corollaire d'une action publique, il arrivera que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, contrairement aux arrêts du Tribunal des Conflits, condamnera l'administration comme responsable en vertu de l'art. 1384 du Code civil, solution qu'elle tire — nous l'avons rappelé — de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

V. — *Obligations diverses*

Avant de préciser les prestations spéciales à certains groupes d'usagers (orphelins, aliénés, etc.) mentionnons encore deux autres sources de responsabilité de l'administration : d'une part, la responsabilité résultant des prescriptions relatives à l'état-civil et, d'autre part, la responsabilité quant au droit des hospitalisés au produit de leur travail.

1° *Déclarations d'état civil obligatoires.*

Les articles 55 à 57 du Code civil imposent à l'administration hospitalière l'obligation de faire la déclaration de toute naissance ayant lieu à l'hôpital. Les agents fautifs encourent d'ailleurs des sanctions pénales, édictées par l'art. 364 du Code pénal (71).

L'art. 80 du Code civil, modifié par la loi du 8-6-1893 vise spécialement la déclaration, à faire par l'administration hospitalière, des décès survenant à l'établissement.

L'inexécution de ces prescriptions est de nature à engager la responsabilité pécuniaire de l'administration, s'il en résulte

(71) L'art. 56 prescrit :

« La naissance de l'enfant sera déclarée par le père ou à défaut de père par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la *personne chez qui elle sera accouchée.* »

La jurisprudence s'est fixée dans ce sens que le père est seul responsable de la déclaration. Le médecin, la sage-femme, etc., ne deviennent responsables qu'au cas où le père se trouve dans l'impossibilité absolue de déclarer la naissance (Voir Cass. 12-12-1862, D.P. 1863-1-192).

un dommage pour le nouveau-né ou pour ses ayants-droit ou pour les ayants-droit de la personne décédée, dommage qui est susceptible de se produire notamment en cas d'omission de la déclaration. Pratiquement, le cas le plus fréquent est celui de la déclaration mal faite (72).

En raison du caractère authentique du registre de l'état-civil, dont les inscriptions ne peuvent être rectifiées qu'en vertu d'une décision de justice motivée, les frais de rectification sont toujours appréciables. D'autre part, l'erreur peut entraîner des conséquences très graves quant aux droits patrimoniaux et de l'enfant et des parents, ainsi que, en matière de déclaration de décès mal faite, quant aux droits de succession.

En tout état de cause, la déclaration inexacte ou le défaut de déclaration constitue généralement une faute de service, et les tribunaux administratifs pourront être saisis (à l'exclusion des tribunaux ordinaires) de recours en indemnité pour le dommage causé par cette faute. Nous n'avons pas connaissance d'espèces dans lesquelles la jurisprudence ait eu à se prononcer.

2° *Droit des hospitalisés au produit de leur travail à l'hôpital.*

Une partie importante des administrés des hospices et hôpitaux, notamment les pensionnaires valides, les enfants assistés et orphelins, et même certains malades, surtout certains blessés, sont capables de travailler, tout en étant hospitalisés. Aussi a-t-on cherché de tout temps à profiter de cette main-d'œuvre de fortune pour faire exécuter des travaux soit à l'intérieur des services (commissions, nettoyage, jardinage, etc.), soit dans des ateliers spécialement aménagés pour occuper ces administrés.

Avant la Révolution, la plupart des établissements hospitaliers les soumettaient au travail obligatoire.

Deux considérations s'opposent aujourd'hui à cette pratique. D'une part, le principe de liberté individuelle, qui exige que chacun décide librement dans quelle mesure il veut travailler. D'autre part, le danger, que comportent de pareilles entreprises, de s'ériger en concurrence à l'industrie.

(72) Indication d'un faux nom ou prénom du nouveau-né lui-même, d'une fausse date de naissance, de noms ou de prénoms inexacts du père ou de la mère, indication inexacte quant à la légitimité de l'enfant, etc...

Aujourd'hui, l'obligation de travailler n'existe plus dans les établissements hospitaliers français.

Par contre, bien des établissements organisent le travail volontaire des administrés, soit en vue de la distraction du malade, soit en vue de réaliser des économies ou des recettes.

Mais, ces travailleurs de fortune ne sont pas des travailleurs gratuits.

La loi du 16 Messidor An VII prescrit qu'un tiers du produit du travail des hospitalisés leur soit versé.

La Cour des Comptes a été, à plusieurs reprises, amenée à préciser, que le versement du tiers constitue une obligation et que, notamment, l'administration ne saurait se contenter d'allouer de simples gratifications (73).

C'est dire que l'hospitalisé, ou son représentant légal, peut agir en justice pour obtenir le paiement, auquel il a droit. Devant quelle juridiction devra-t-il agir ?

De deux choses l'une : ou bien ces ateliers vendent les produits du travail des hospitalisés ou bien il ne les vendent pas. Dans le premier cas — le seul qui nous intéresse — ils font acte de commerce et le Conseil d'Etat ne manquerait pas de conclure du caractère de l'entreprise que c'est un service industriel de l'administration, service dont la responsabilité est par conséquent déclarée par les tribunaux ordinaires.

Les hospitalisés se livrant régulièrement au travail dans un service de ce genre, bénéficient de la loi de 1898 sur les accidents du travail (74). Par contre, ces travailleurs ne répondent pas à la définition de la loi du 5-4-1928 sur les assurances sociales et ne sont donc pas assujettis à l'assurance sociale. Cependant, si le règlement fait apparaître qu'ils sont de véritables salariés, il faut admettre la solution inverse.

Nous avons ainsi terminé l'énumération succincte des prestations et obligations des établissements hospitaliers, qui inté-

(73) Voir Cour des Comptes 25-4-1901, R.E.B. 1903-39 et 16-11-1899, R.E.B. 1900-227.

(74) C'est ce qui résulte d'un jugement du tribunal de Boulogne du 26-6-1914, R.E.B. 1914-420 et d'un arrêt de la Cour d'Appel de Riom du 27-7-1912, R.E.B. 1912-411. Mais suivant un jugement du Tribunal civil du Puy du 3-12-1936 (R.H. 1937, p. 182), il faut exclure du bénéfice de la loi de 1898 l'aliéné, dont le travail « fait partie intégrante du traitement... et s'exerce sous la dépendance d'un gardien en dehors de tout lien contractuel ».

ressent tous les usagers sans distinction. Il nous reste à examiner un certain nombre d'obligations qui s'imposent à l'administration hospitalière dans ses rapports avec certaines catégories bien déterminées d'usagers.

§ 2. — La responsabilité de l'établissement a l'égard de certains groupes particuliers d'usagers

A vrai dire, chacun des multiples groupes d'usagers de l'établissement hospitalier nécessite une activité particulière de l'administration. La variété ne provient pas seulement de la multiplicité des affections et des besoins qui sont à l'origine de l'activité hospitalière. Elle s'affirme même à l'intérieur de chaque catégorie, puisque les soins dus augmentent en raison de la gravité de l'affection et de la difficulté inhérente au cas d'espèce.

Mais ce n'est pas dans ce sens que nous posons le problème de la responsabilité spéciale de l'administration ; ce caractère relatif et individuel de la responsabilité hospitalière, sur lequel nous avons suffisamment insisté, n'apporterait aucun élément nouveau aux développements que nous venons de clore. Il s'exprime simplement dans cette règle : l'établissement doit à chaque usager les soins que réclame son état.

A présent, il s'agit de préciser les prestations et obligations, qui ne se rencontrent que dans des groupes bien déterminés d'usagers.

D'une part, les enfants assistés admis en dépôt, notamment les orphelins admis dans les orphelinats, vont grandir dans un milieu non familial. L'administration devra se charger de leur éducation, de leur tutelle de la gestion de leurs droits patrimoniaux.

D'autre part, la curatelle des aliénés pose des problèmes analogues.

I. — *Obligations à l'égard des enfants assistés*

L'enfant, qui est admis à l'établissement hospitalier par mesure d'assistance, tout en étant bien portant, nécessite sou-

vent plus de soin et d'attention que le malade ou le vieillard. C'est que, pour lui, il ne s'agit pas seulement d'assurer l'entretien et d'exercer la médecine, il faut encore que l'administration, qui remplace les parents et la famille, veille à son éducation, à sa formation, à la gestion de son patrimoine, bref qu'elle assure son avenir en le rendant apte à devenir un citoyen utile.

Ce second rôle est de loin le plus délicat.

Autrefois, en vertu de la loi du 15 Pluviose An XIII, c'est à la commission administrative de l'hospice dépositaire qu'il incombait. Mais depuis la loi du 27-6-1904, modifiée par la loi du 18-12-1906, c'est le Préfet qui exerce la tutelle. Il est assisté dans certains actes par un conseil de famille désigné par le Conseil général.

Nous n'avons donc plus à étudier, aujourd'hui, la responsabilité provenant des actes de tutelle, ni d'ailleurs de la gestion des deniers pupillaires, qui est assurée par le trésorier payeur général, assisté le cas échéant du receveur particulier de l'établissement, le Préfet remplissant l'office d'ordonnateur.

Sans doute les établissements publics gestionnaires d'hospices dépositaires nomment-ils parfois le personnel servant de ces dépôts et sont-ils responsables de l'exécution de toutes les obligations et prestations hospitalières que nous avons relevées. Mais là s'arrête la responsabilité de l'établissement. En présence du texte formel de l'article 11, seul le Préfet ou son délégué, l'inspecteur départemental de l'assistance publique, assume la charge et la responsabilité de l'éducation et de la formation professionnelle de l'enfant assisté.

Bien entendu, cela ne veut pas dire que l'administration hospitalière ne puisse être rendue responsable des déficiences du service par elle organisé, si, par suite de sa faute, les enfants confiés à sa garde sont exposés à des dangers. Elle est tenue de mettre à la disposition du service des enfants assistés qu'elle reçoit en dépôt, un service, et notamment un personnel donnant toutes garanties.

D'autre part, s'il est vrai de dire que la gestion des deniers pupillaires n'incombe pas à l'administration hospitalière, il n'est pas moins vrai que l'établissement, qui organise le travail des enfants dans des ouvroirs, est responsable du verse-

ment du tiers du produit du travail prescrit par l'art. 14 de la loi du 16 Messidor An VII (75) et même, dans les conditions que nous avons précisées, des prestations dues aux travailleurs en vertu de la législation sur les accidents du travail.

Remarquons, enfin, que certains établissements hospitaliers reçoivent des orphelins, envers lesquels ils assument la même responsabilité que le Préfet envers les enfants assistés proprement dits, au point de vue tant de la tutelle et de la puissance paternelle que de la gestion patrimoniale.

Nous n'insistons pas sur les cas de responsabilité qui sont susceptibles de se produire. Nous devons dire, cependant, quelques mots au sujet de la question de compétence que soulève le problème et au sujet de l'application des principes de la puissance paternelle du droit privé.

Dans ces cas, à défaut de tuteur, c'est généralement au directeur de l'établissement ou à un membre de la commission administrative qu'est dévolue la tutelle sur les orphelins de l'établissement. Le tuteur aura à se conformer aux prescriptions de la tutelle en général. Il encourt une responsabilité personnelle. Les prescriptions du décret du 19-5-1909 ne sont pas applicables. En conséquence, toutes les difficultés relatives à la tutelle seront de la compétence des tribunaux ordinaires, à l'exclusion des tribunaux administratifs (76). Les actes de tutelle sont privés par nature.

La loi de 1904 prévoit d'ailleurs la compétence civile également pour les actions intentées sur la base des prescriptions de la section II de la loi.

Par contre, tous les litiges qui ne sont pas relatifs à l'exercice de la tutelle ou de la puissance paternelle seront soumis, conformément au principe général de la compétence administrative, aux juges administratifs, dans la mesure où la responsabilité de l'administration peut être déduite d'une faute de service.

Les hypothèses où l'orphelin pourra lui-même agir sont tout à fait exceptionnelles. Pratiquement, cela ne sera possible qu'en cas d'opposition d'intérêts entre le pupille et le Préfet, si

(75) Voir en ce sens Cour des Comptes 5-4-1906, R.E.B. 1907, p. 179.

(76) Voir en ce sens Trib. Confl. 12-12-1908, D.P. 1910-3-81, avec les conclusions de M. Teissier.

un tuteur ad hoc a été nommé par le conseil de famille, ainsi qu'au moment de la reddition de compte, à la majorité du pupille.

Les principes de la puissance paternelle du droit privé sont applicables dans la situation qui nous occupe.

Les tribunaux judiciaires n'auront pas de règlement à interpréter. Ils sont pleinement compétents pour apprécier si l'administration a rempli ses obligations *légales* de tuteur.

II. — *Obligations à l'égard des aliénés*

On comprend que le législateur ait tenu à réglementer spécialement la protection des aliénés, au point de vue tant de leur liberté individuelle que de leurs droits patrimoniaux. Il a voulu les mettre à l'abri des exploiteurs de misères.

Les prescriptions spéciales imposées par la loi à l'administration entraînent une responsabilité spéciale. Il importe de les connaître.

Nous ne nous intéressons point aux obligations et à la responsabilité personnelle du directeur d'asile d'aliénés et du conseil de surveillance. Mais la législation des aliénés intéresse directement les établissement hospitaliers possédant des quartiers d'aliénés, auxquels s'applique — nous l'avons vu — la loi du 30 juin 1838.

Dans ces établissements, c'est la commission administrative elle-même qui assure la gestion et le fonctionnement du service, en vertu du traité passé avec le département. Elle doit, cependant, en vertu de l'art. 11 de l'ordonnance du 18-12-1839 « faire agréer par le Préfet un préposé responsable, qui sera soumis à toutes les obligations imposées par la loi du 30-6-1838 ».

Cela ne veut pas dire que ce préposé soit assimilé au directeur d'asile. Ne serait-il pas pour le moins surprenant que la commission administrative, organe directeur de la gestion hospitalière, n'ait plus, en ce qui concerne son quartier d'aliénés, que des attributions consultatives, sans pouvoir prendre aucune décision. Telle serait pourtant la conséquence de l'assimilation du préposé agréé au directeur d'asile. Il faut se contenter de dire que ce préposé est la personne chargée, sous l'autorité de

la commission administrative, du détail du service. Il en résulte immédiatement que la responsabilité de la commission administrative est autrement grave que celle de la commission de surveillance d'asile. La commission administrative gère le quartier d'aliénés. Cette solution résulte, d'ailleurs, d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 11-5-1894 (77).

La commission administrative assume donc envers les aliénés admis dans son quartier d'aliénés les mêmes obligations et prestations et elle encourt de ce fait la même responsabilité qu'envers les autres administrés.

Mais il y a, en plus, la responsabilité résultant des prescriptions spéciales de la loi de 1838.

Sans insister sur le détail de cette réglementation, retenons les deux questions de principe essentielles qui se posent :

1° la question de la protection des droits patrimoniaux et de la liberté individuelle de l'aliéné ;

2° la question de la compétence en cas de litige.

1) *Protection des droits patrimoniaux et de la liberté de l'aliéné interné.*

1° *L'administration provisoire.* — L'art. 31 de la loi du 30 juin 1838 prescrit :

« Les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics d'aliénés exerceront à l'égard des personnes non interdites qui y seront placées, les fonctions d'*administrateurs provisoires*. Elles désigneront un de leurs membres pour les remplir... ».

Le texte énumère ensuite les actes que devra accomplir l'administrateur.

Il en résulte, que l'aliéné interné est un incapable, même s'il n'est pas interdit.

Il appartient à la commission administrative, aux parents, à l'époux, etc. de demander au tribunal la désignation d'un autre administrateur provisoire (art. 32). Le tribunal statue en chambre du conseil, sans appel, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire absolu, après délibération du Conseil de famille.

Notons que l'administration hospitalière ne saurait encourir

(77) Lebon, p. 361.

aucune responsabilité pour l'activité de l'administrateur provisoire nommé par le tribunal en exécution de l'art. 32 de la loi de 1838. L'art. 34 prévoit, d'ailleurs, la constitution d'une hypothèque judiciaire de garantie générale ou spéciale sur les biens de l'administrateur ainsi nommé.

Les fonctions d'administrateur provisoire dévolues à la commission administrative et exercées soit directement, soit par son délégué ne comportent que des mesures de conservation et des actes d'administration urgents. Les actes qui dépassent ce cadre ne peuvent être accomplis que par un *tuteur,* dont la désignation présuppose que l'interdiction ait été prononcée. Il en est de même en cas d'opposition d'intérêts entre l'aliéné et l'administrateur provisoire.

L'administrateur provisoire, notamment, ne peut représenter en justice l'aliéné interné. Il est indispensable qu'un *mandataire ad litem* soit expressément désigné (art. 33). Notons que le tribunal peut porter son choix sur l'administrateur provisoire. Les fonctions d'administrateur provisoire cessent, dès que l'interdiction a été prononcée à l'égard de l'aliéné.

Notons encore qu'à l'inverse de l'administrateur judiciaire, la commission administrative ou son délégué ne manient pas de fonds.

L'art. 38 prévoit que « sur la demande de l'intéressé, de l'un de ses parents, de l'époux ou de l'épouse, le tribunal pourra nommer en chambre du conseil, par jugement non susceptible d'appel, en outre de l'administrateur provisoire, un curateur à la personne de tout individu placé dans un établissement d'aliénés, lequel devra veiller : 1° à ce que ses revenus soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison, 2° à ce que ledit individu soit remis au libre exercice de ses droits, aussitôt que sa situation le permettra... ».

La Commission Administrative ne peut d'ailleurs cumuler la fonction de curateur avec la fonction d'administrateur provisoire.

2° *Liberté individuelle de l'aliéné interné.* — Les obligations de la commission administrative à l'égard des aliénés ne s'arrêtent pas aux fonctions d'administrateur provisoire, qui ne visent que la protection patrimoniale. La loi a édicté toute une

série de mesures en vue de garantir la liberté individuelle de l'aliéné interné.

Citons l'art. 14 de la loi qui dispose en matière de placement volontaire que l'aliéné cessera d'être retenu « dès que la sortie sera requise par l'une des personnes ci-après désignées, savoir :

1° le curateur nommé en exécution de l'art. 38,

2° l'époux ou l'épouse,

3° s'il n'y a pas d'époux ou d'épouse, les ascendants,

4° s'il n'y a pas d'ascendants, les descendants,

5° la personne qui aura signé la demande d'admission à moins qu'un parent n'ait déclaré s'opposer à ce qu'elle use de cette faculté sans l'assentiment du conseil de famille,

6° toute personne à ce autorisée par le conseil de famille.

La sanction est édictée par l'art. 3e de la loi :

« Les chefs, directeurs ou préposés responsables ne pourront, sous les peines portées par l'art. 120 du Code pénal, retenir une personne placée dans un établissement d'aliénés, dès que sa sortie aura été ordonnée... ».

L'art. 29 est bien plus large encore :

« Toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur, si elle est mineure, son curateur, tout parent ou ami pourront à quelque époque que ce soit, se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement, qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate...

Aucunes requêtes, aucunes réclamations adressées, soit à l'autorité judiciaire, soit à l'autorité administrative, ne pourront être supprimées ou retenues par les chefs d'établissements, sous les peines portées au titre III ci-après » (78).

La sanction pénale prévue au titre III (art. 41) consiste dans un emprisonnement de cinq jours à un an et dans une amende de 50 à 3.000 fr.

La violation de ces prescriptions obligatoires est suscepti-

(78) Notons toutefois que la Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, par arrêt du 27-12-1875 (D.P. 1876-1-66), a statué que le directeur d'un asile d'aliénés peut retenir de simples lettres écrites par l'aliéné, adressées à des particuliers, si elles portent la trace manifeste de l'aliénation.

ble, d'autrepart, d'entraîner la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire fautif ou de l'administration.

Mais l'étendue de la responsabilité pécuniaire est trop intimement liée à la compétence pour que nous puissions dissocier ces deux questions.

2) *Compétence pour agir en responsabilité contre l'établissement hospitalier à l'occasion de l'administration provisoire des biens et en matière de liberté individuelle de l'aliéné.*

Rappelons que les questions se rattachant à l'incapacité des personnes du droit privé sont de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires. Il n'est pas possible de douter qu'aux yeux du législateur de 1838 l'aliéné interné est un incapable, tout en ne rentrant, d'ailleurs, dans aucun des groupes d'incapables définis par le code civil. Même en l'absence d'un texte formel, il n'y aurait donc pas eu de difficulté pour décider que tous les litiges relatifs aux droits des aliénés internés envers l'administration hospitalière sont de la compétence des tribunaux ordinaires, quoique l'asile d'aliénés et le quartier d'aliénés d'hospice constituent des services publics, qui ne fonctionnent en aucun cas comme des entreprises privées.

La compétence des tribunaux ordinaires résulte, au surplus, des termes mêmes des art. 29 et 30 de la loi. Elle s'applique sans conteste, dès lors qu'il s'agit d'une action basée sur une faute relative à l'administration provisoire ou à la liberté individuelle de l'aliéné.

Mais il n'est pas moins certain que pour tous les litiges basés sur une faute non inhérente à l'administration provisoire et à la protection de la liberté individuelle de l'aliéné, les tribunaux judiciaires ne peuvent être valablement saisis d'actions en responsabilité dirigées contre l'administration. Ils ne peuvent connaître, dans ce domaine, que de la responsabilité personnelle de l'employé, qui ne se cumule pas, en principe, avec celle de l'administration.

Dans le premier groupe de cas de responsabilité, citons deux arrêts du Conseil d'Etat des 21 juillet 1911 et 12 janvier 1912 (78 bis), aux termes desquels les tribunaux administratifs sont

(78 *bis*) D.P. 1913-3-131.

incompétents pour statuer sur la mise en liberté d'aliénés internés, et deux arrêts des 9 mars 1929 et 9 juillet 1929 (79), aux termes desquels le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour apprécier la nécessité de l'internement et pour connaître d'une demande d'indemnité motivée par un prétendu internement arbitraire (80).

Remarquons, par contre, que seuls les tribunaux administratifs pourraient connaître de litiges relatifs à la forme des décisions d'internement prises par le Préfet et à la régularité des formalités accomplies, la juridiction judiciaire n'étant pas habilitée à apprécier la régularité de pareils actes de l'administration (81).

Par ailleurs, sont de la compétence des tribunaux administratifs toutes les demandes en responsabilité basées sur la faute de l'administration commise en dehors de ses attributions d'administrateur provisoire et ne mettant pas en jeu le principe de la liberté individuelle de l'aliéné. La jurisprudence en offre de nombreux exemples (82).

SECTION III

La responsabilité de l'administration pour l'activité de ses auxiliaires scientifiques et techniques

L'importance de cette question, que nous avons signalée, justifie amplement cette place que nous lui réservons dans nos développements. Le travail du médecin constitue le moyen essentiel de l'activité hospitalière proprement dite, le principal but de l'hospitalisation. Dès lors que les soins médicaux propre-

(79) Gaz. Pal. 1929-1-795.

(80) Voir également C.E. 16-12-1881, Rec. p. 980 et 4-3-1931, R.E.B. 1931, p. 377.

(81) Voir en ce sens C.E. 21-7-11 et 12-1-12 précités et C.E. 26-12-23, Gaz. Pal. 1924-1-287.

(82) Voir notamment l'abondante jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'évasion et de suicide d'aliénés, que nous avons citée, l'arrêt du 2-6-33 précité (Lebon, p. 630), par lequel il a accordé une indemnité au mari d'une femme aliénée, qui avait été rendue enceinte des œuvres d'un employé de l'asile, etc...

ment dits sont inutiles ou simples, le malade, souvent, préfère se soigner à domicile.

Le médecin n'est pas le seul auxiliaire de l'administration hospitalière, qui soit chargé d'exercer une activité d'ordre scientifique.

Le chimiste le seconde dans la recherche scientifique. La préparation des médicaments est l'affaire du pharmacien.

En dehors de ces auxiliaires techniques, qui font partie du personnel hospitalier, les établissements font appel aux services de tiers, notamment de laboratoires de recherche, fabricants de spécialités, etc. (instruments orthopédiques, produits pharmaceutiques, etc.).

Dans quelle mesure l'administration est-elle responsable de l'activité de toutes ces personnes ?

Examinons cette question en distinguant les trois groupes de personnes, les médecins, les pharmaciens et chimistes hospitaliers et les tiers.

§ 1. — La responsabilité de l'administration pour les suites de l'activité médicale

Quand on recherche la jurisprudence parue en matière de responsabilité de l'administration hospitalière pour le service médical, on est frappé du fait qu'à de très rares exceptions près, elle provient des tribunaux de l'ordre judiciaire. La juridiction administrative n'a eu à statuer que très rarement dans les litiges mettant en jeu la responsabilité de l'administration hospitalière du fait de ses médecins.

Cela peut paraître surprenant à première vue. Peut-être l'explication doit-elle être recherchée dans le caractère exceptionnel de la responsabilité médicale et dans le principe admis par la jurisprudence ordinaire, suivant lequel, pour les dommages résultant de l'exercice technique de la médecine, l'établissement hospitalier ne peut en aucun cas être rendu responsable. Si le Conseil d'Etat n'a pas été saisi de recours en indemnité contre les établissements hospitaliers du fait de ses médecins, c'est parce que, suivant la jurisprudence ordinaire

même, la faute technique du médecin n'engage jamais l'administration. Toutefois, cette affirmation mérite d'être vérifiée quant à son exactitude.

Pour bien saisir la portée de cette solution, dont la justification juridique n'apparaît pas à première vue et ne peut, d'ailleurs, être faite, il est nécessaire d'abord de faire état de quelques décisions typiques et, ensuite, de préciser ce qu'il faut entendre par « activité médicale » ; il s'agit de circonscrire exactement cette notion. Il importera, pour mieux fixer les idées, de donner quelques rapides explications sur la responsabilité médicale elle-même. Enfin, nous pourrons à la lumière des principes, que nous aurons alors dégagés, soumettre à un examen critique la jurisprudence précitée, parue en la matière.

I. — *Etat de la jurisprudence dominante*

La jurisprudence judiciaire se place sur le terrain de l'article 1384 du Code Civil. Son examen porte sur la question de savoir si, dans l'affaire considérée, l'administration apparaît comme le commettant du médecin fautif.

Une première conséquence importante qui en découle c'est que la question de la responsabilité de l'administration a été, dans tous les cas, posée cumulativement avec la question de la responsabilité personnelle du médecin. Du coup, la jurisprudence a sérieusement restreint l'étendue de la responsabilité possible de l'administration, car — nous le verrons — le domaine de la responsabilité personnelle du médecin est assez restreint.

S'attachant à rechercher dans chaque cas d'espèce le lien de préposition entre le médecin et l'administration, les tribunaux sont arrivés à formuler les principes suivants :

1° Tantôt le médecin est le préposé de l'administration, tantôt il ne l'est pas. Il l'est pour autant qu'il est soumis à l'autorité hiérarchique de la commission administrative, c'est-à-dire pour l'exécution intégrale du règlement de l'établissement, pour l'organisation et le fonctionnement réguliers du service qui lui est confié et pour toutes les question d'administration, en général. Par contre, il n'est pas le préposé de l'administration pour autant qu'il agit librement, sans avoir d'ordres à recevoir de per-

sonne, c'est-à-dire pour l'exercice technique de la médecine elle-même, qu'il assure avec une pleine indépendance envers la commission administrative.

2° L'administration ne pouvant être responsable des actes de son médecin que dans la mesure où elle est son préposé, elle sera irresponsable des suites de tous les actes de la seconde catégorie (83). L'administration n'est responsable comme commettant en vertu de l'article 1384 que des fautes relatives à l'exercice de la médecine, commises par le médecin (84).

Tel est l'état de la jurisprudence qui s'explique par des considérations tirées de la nature technique de l'activité médicale. Il importe de préciser la nature de cette activité.

II. — *Caractères de l'activité médicale*

La médecine n'est pas, telles les mathématiques, une « science exacte ». Les règles qu'elle établit n'ont pas la valeur de normes absolues et fatales. Ce sont des approximations de la réalité que révèle l'expérience, la recherche de laboratoire, l'examen du malade avant et pendant les soins, en un mot, la pratique et les connaissances accumulées des générations passées. Les secrets, que le savant arrache à la nature, il les surprend un à un, morceau par morceau et il ne les surprendra jamais ni complètement, ni parfaitement. La connaissance médicale tend vers la vérité comme vers un idéal, idéal dont le propre est de ne pas pouvoir être égalé.

Que peut être l'application des principes ainsi posés ? Elle reflète leur imperfection et leur incertitude. Au surplus, l'exercice de la profession médicale est lui-même un véritable art (85). Nous avons déjà tiré les conséquences de ces caractéristiques de la médecine, en affirmant que les soins médicaux ne peuvent être donnés avec garantie de succès et que la responsabilité du médecin ne résulte en aucun cas du seul fait de l'in-

(83) Voir Dijon 18-3-1903, D.P. 1904-2-134 et S. 1906-2-17 et Trib. civ. de l'Yonne 23-12-1926, R.E.B. 1927, p. 25.

(84) Voir Bordeaux 22-6-1898, R.E.B. 1898, p. 240 ; Cour d'Appel Aix 19-10-1911, R.E.B. 1912, p. 61, et Dijon précité.

(85) Exemple : l'art opératoire.

(86) Voir Cour d'Appel de Rennes, 14-11-1934, R.H. 1934, p. 728.

succès (86). Logiquement, il serait possible d'admettre une responsabilité dans les cas où le médecin ne suit pas les principes reconnus de cette science. Mais si le principe de responsabilité s'énonce facilement, il n'en est pas moins pratiquement inutilisable. Les règles de l'art, en effet, varient dans le temps et dans l'espace, et il n'y aurait guère de rôle plus difficile et plus ingrat pour le tribunal, que de rechercher dans cette poussière d'école et de méthodes le principe qui, en définitive, correspond à la vraie ligne du progrès et qui répond le mieux aux circonstances du cas pratique. Ce serait demander à un tribunal de faire l'impossible.

Si le médecin, en effet, ignore la valeur exacte de son activité, comment le juge la connaîtrait-il ?

Une autre conséquence très importante résulte du caractère aléatoire de l'activité médicale : c'est l'autonomie du médecin dans l'exercice de son art. Il n'y a pas de hiérarchie entre médecins. Le médecin-chef n'a pas qualité pour ordonner à son collaborateur docteur en médecine d'agir autrement, que le lui commandent ses conceptions scientifiques personnelles ; le collaborateur sera responsable, sans qu'il y ait lieu de se demander s'il a agi sur l'ordre du médecin-chef (87).

La Commission Administrative nomme ses médecins sur la foi de leur titre de docteur délivré par le Gouvernement, sans pouvoir contrôler leur bagage de connaissances et d'expérience. En cas de concours, elle s'en tient au classement qu'aura établi le jury composé de médecins, auxquels elle est bien obligée de faire confiance. Elle ne peut pas davantage contrôler ses médecins, ni, moins encore, leur donner des ordres en matière scientifique, dans l'exercice de la médecine. Comment, alors, l'établissement hospitalier serait-il responsable des dommages résultant de l'exercice de la médecine ? Voilà la conclusion tirée par certains tribunaux, dont nous avons rapporté la jurisprudence.

Ils ont statué conformément au principe énoncé par le Dr Boudin : « Chaque titulaire du diplôme de docteur en médecine

(87) Voir les observations très judicieuses faites à cet égard par le Dr Boudin dans son article sur l'« Etendue de la responsabilité d'un médecin-chef d'un hôpital » dans la Revue des Hôpitaux de 1930, p. 356 et s.

est absolument seul responsable de ses actes cliniques et thérapeutiques ».

Réservons la discussion de ce principe.

Comment délimiter exactement l'activité médicale à l'intérieur de l'activité hospitalière ? Comment la distinguer des activités du reste du personnel hospitalier ?

On admet, communément, que pour être le préposé de quelqu'un, il faut qu'on ait été accepté, en l'occurrence nommé par lui et que l'on se trouve sous son contrôle et sous son autorité.

La Commission Administrative nomme la majeure partie de ses médecins, mais elle ne peut, bien moins encore que le médecin-chef lui-même, exercer sur eux ce contrôle et cette direction, sans lesquels il n'y aurait pas de préposition !

Les soins ne sont pas donnés aux malades par le médecin seul. On peut même dire que, dans la plupart des cas, le médecin se contente de prescrire les soins. L'exécution de ses prescriptions incombe à d'autres personnes, aux internes, futurs médecins non encore habilités à exercer la médecine en leur propre nom et aux infirmiers, infirmières et sages-femmes, qui sont les auxiliaires du médecin.

L'irresponsabilité de l'administration dans la thèse jurisprudentielle s'étend-elle aux fautes médicales de l'ensemble du personnel hospitalier ?

L'infirmier et le médecin ont chacun un domaine d'action propre.

Sauf le cas d'urgence, que nous réservons pour le moment, est de la compétence exclusive du médecin toute décision, tout acte relatif aux soins à donner aux malades, qui présuppose la connaissance scientifique. Il en est ainsi non seulement du diagnostic, des interventions chirurgicales et des prescriptions médicales, mais même de l'exécution de ces prescriptions, lorsqu'elle ne saurait sans danger être confiée à un auxiliaire. D'autre part, il faut comprendre sous la dénomination « prescription médicale » non seulement les prescriptions relatives aux soins médicaux proprement dits, mais aussi celles relatives à l'alimentation, au logement et, en général, aux prestations matérielles dues au malade.

La loi du 24 juillet 1892 sur l'exercice de la médecine a omis de définir exactement l'acte médical (88).

L'infirmier et l'infirmière exécutent seuls, de leur propre initiative, les menus soins journaliers que nécessite l'état des malades. Ils donnent les piqûres les plus simples, sans avoir à attendre l'ordre du médecin. L'activité réservée à l'infirmière ne soulève pas de discussions scientifiques, puisqu'elle ne fait que donner les soins simples, sur lesquels le doute scientifique n'existe pas.

Suivant Me Caillol-Borgeaud (89), ces auxiliaires sont de véritables préposés. Cette solution ne saurait être admise en matière hospitalière. La Cour de Colmar, dans un arrêt du 24 décembre 1936 (90), l'a clairement exprimé dans les termes suivants :

« Attendu qu'en l'absence de tout contrat, soit avec le malade, soit avec l'infirmier, le médecin ne peut avoir sur les infirmiers de l'hôpital qu'une autorité hiérarchique qui n'est pas celle du commettant ».

Il faudra quant aux internes et élèves de médecine éviter une confusion fréquente. Ce ne sont pas de simples auxiliaires. Ils peuvent exécuter des actes médicaux (91).

Le texte implique la condition de l'activité médicale de l'interne et de l'externe : la direction et la surveillance par un médecin. A défaut de cette direction, ces élèves apparaissent comme de simples auxiliaires, à moins qu'ils ne remplissent les conditions de l'art. 6 de la loi pour « exercer la médecine pendant une épidémie ou à titre de remplaçants de docteurs en médecine ou d'officiers de santé » (92).

(88) Voici le texte de l'article 16 de la loi :

« Exerce illégalement la médecine toute personne qui, non munie du diplôme de docteur en médecine, prend part habituellement ou par une direction suivie au traitement des maladies ou des affections chirurgicales ainsi qu'à la pratique de l'art dentaire ou des accouchements, sauf les cas d'urgence avérée. »

(89) Caillol-Borgeaud « La situation juridique de l'infirmière », Paris, 1936.

(90) Gaz. Pal. du 23-2-1937.

(91) L'art. 16 de la loi de 1892 dit, en effet, dans un second paragraphe : « Les dispositions du paragraphe 1 du présent article ne peuvent s'appliquer aux élèves en médecine qui agissent comme aide d'un docteur... ».

(92) Voir à ce sujet un arrêt du Conseil d'Etat du 8-11-35, R.E.B. 1936, sept., qui dit :

«Cónsidérant qu'il résulte de l'instruction que la dame X... a été soignée

La difficulté commence quand on entre dans le domaine de l'activité concourante du médecin et de l'auxiliaire et quand, dans les cas d'urgence, les auxiliaires doivent prendre des initiatives qui, normalement, ne peuvent être prises que par le médecin.

L'auxiliaire, qui exécute les ordres du médecin, ne peut être rendu responsable des prescriptions qu'il doit se borner à exécuter, à exécuter d'ailleurs avec intelligence (93). Il ne peut plus être question d'aléa scientifique et, par conséquent, d'irresponsabilité de l'auxiliaire, quand il commet des fautes dans l'exécution du mandat reçu, car si l'opportunité des soins prescrits constitue le plus souvent une question scientifique pure, l'exécution des prescriptions, elle, doit répondre à des règles techniques acquises dont l'inobservation constitue une faute susceptible d'être nettement caractérisée.

Mais admettons à présent que, en l'absence du médecin, vu l'urgence, l'auxiliaire, conscient de ses responsabilités, prend l'initiative d'une intervention, qui, normalement, fait partie du domaine exclusif du médecin. Le fait de prendre pareille initiative constitue certainement une faute caractérisée, s'il est établi — mais cette vérification n'est pas toujours facile — qu'il n'y avait pas urgence.

Si, maintenant, l'urgence n'est pas contestée, il faut appliquer à l'auxiliaire, qui a agi dans le domaine médical, les mêmes principes de responsabilité qu'au médecin lui-même, c'est-à-dire, la relation de cause à effet du dommage avec une faute caractérisée commise par l'auxiliaire devra être établie.

La limitation de la notion d'activité médicale, que nous avons recherchée en partant de la nature de l'acte accompli par le médecin, ne serait pas complète, si nous ne la précisions encore, en partant, cette fois, du point de vue de la gestion du service médical.

Le médecin d'hôpital, en effet, diffère du médecin établi à son compte, parce qu'il est soumis aux règlements édictés par la Commission administrative.

par un interne opérant sous la direction d'un docteur en médecine ; qu'ainsi elle n'est pas fondée à soutenir que cet interne ait agi irrégulièrement. »

(93) L'erreur évidente du médecin doit empêcher l'infirmière d'exécuter l'ordre sans en avoir référé au médecin.

L'autonomie médicale, situation toute exceptionnelle, doit, en effet, être comprise dans un sens très restrictif. La cause de l'indépendance médicale consiste dans l'impossibilité de soumettre à un contrôle technique celui qui travaille à la manière d'un savant et dans l'inadmissibilité d'une hiérarchie médicale, à la tête de laquelle serait placée la Commission administrative.

L'impossibilité est strictement limitée à l'acte médical considéré au point de vue technique. Elle n'atteint pas les actes non-médicaux du médecin, c'est-à-dire la manière dont est réglé le service. C'est la Commission administrative qui arrête le règlement de santé de l'établissement (94) et qui en surveille l'application. Le médecin est hiérarchiquement obligé à observer les prescriptions de ce règlement.

Même à défaut de règlement intérieur et de santé, ou en cas de silence du règlement, le médecin est hiérarchiquement tenu de s'occuper assidûment de son service, d'être présent à l'hôpital et de donner les soins nécessaires aux malades. La Commission ne pourra lui prescrire d'appliquer tel traitement dans tel cas, mais en vertu de ses pouvoirs hiérarchiques, elle peut exiger qu'il applique un traitement, celui qu'il considère lui-même comme indiqué, et qu'il ne commette pas de négligence dans la manière dont il s'acquitte de son devoir.

Or, du moment que la Commission administrative peut — et doit — exercer à l'égard de ses médecins un contrôle efficace en vue tant de l'observation de ses règlements que de leur assiduité au service, l'irresponsabilité que certains tribunaux judiciaires déduisent de la nature scientifique de l'acte médical proprement dit, ne se conçoit plus. Au contraire, si l'on se base sur l'article 1384 du Code Civil comme persistent à le faire ces tribunaux, la Commission administrative devra être rendue responsable de la faute du médecin (95), car les conditions d'application de l'article 1384 sont alors remplies.

Ayant ainsi précisé les raisons invoquées pour justifier l'irresponsabilité des établissements publics hospitaliers pour les actes purement techniques de leurs médecins, il importe de rap-

(94) Voir art. 8 de la loi du 17-8-1851.
(95) Voir Dijon, 18-3-1905, précité, S. 1906-2-17, avec la note.

peler en quelques mots les principes de la responsabilité personnelle des médecins, tels que les a dégagés la jurisprudence judiciaire. Nous serons, alors, en mesure d'entreprendre la critique de la jurisprudence judiciaire relative à la responsabilité.

III. — *Aperçu de la responsabilité médicale*

Vu le principe de l'indépendance médicale, la responsabilité personnelle du médecin hospitalier ne diffère pas, quant à son principe, de la responsabilité du médecin non hospitalier.

Elle n'est pas limitée aux actes purement médicaux qu'il accomplit. Mais nous restreignons notre étude aux conséquences de la faute médicale proprement dite, en nous contentant de rappeler les solutions qui, aujourd'hui, prédominent en cette matière.

A défaut de texte spécial, la responsabilité médicale se règle suivant le droit commun, c'est-à-dire suivant le principe énoncé à l'article 1382 du Code civil. Il faudra, pour obtenir des dommages-intérêts, prouver la faute du médecin.

Ce n'est donc pas une responsabilité spéciale pour la faute lourde qu'encourt le médecin, mais la responsabilité du droit commun. Le médecin répond même de sa faute légère (96). Cependant, en matière opératoire, la jurisprudence paraît très hésitante quant à la responsabilité que pourrait entraîner la faute légère (97).

La difficulté commence quand il s'agit d'apprécier la faute commise. Les magistrats ne sont pas médecins et les actes médicaux ne sont pas des applications de principes absolus, universellement acceptés. On comprend, dans ces conditions, que les tribunaux s'interdisent de s'immiscer dans la discussion des théories et des méthodes médicales. Ils ne peuvent prendre en considération que les fautes qui ne soulèvent pas de pareilles discussions. Mais il ne faudrait pas en conclure

(96) Req. 21-7-1919, D.P. 1920-1-30 ; Civ. 29-11-20, G.P. 21-1-68.
(97) Voir Oran, 20-10-1921.

qu'il faut une faute lourde ; disons qu'il faut une faute évidente nettement caractérisée (98).

Les tribunaux se gardent de porter des jugements sur la valeur respective des théories et des méthodes en médecine. Ils se cramponnent à des faits précis, aux imprudences qui « sautent aux yeux », aux fautes qui ne peuvent être, scientifiquement, contestées.

Une théorie, qui trouve encore quelques adeptes dans la doctrine, construit la responsabilité médicale sur l'idée du mandat (99). Le mandat salarié entraîne, suivant l'art 1992 du Code civil, une responsabilité pour la faute même légère. Mais cette théorie n'a pas eu d'écho dans la jurisprudence. On ne comprend pas, en effet, en quoi l'activité du médecin est faite au titre de la représentation du malade. L'idée de mandat ne peut être retenue.

Mais la théorie du contrat a de nombreux partisans en tant qu'elle est basée sur la notion de louage d'ouvrage. Le médecin et le malade contractent, suivant plusieurs auteurs, un contrat de louage d'ouvrage, et la responsabilité du médecin résulte de l'inexécution de ses obligations contractuelles (100).

La jurisprudence, sauf de rares exceptions, a longtemps préféré s'en tenir à la théorie quasi-délictuelle (101).

Mais la Cour de Cassation (Chambre civile) vient de se prononcer avec fermeté pour la théorie contractuelle (102).

(98) Cass. Req. 21-7-1862, D.P. 1862-1-49 ; Cr. 16-4-21, D.P. 21-1-184.
Dans son arrêt du 21-7-62, la Chambre civile s'exprime comme suit :
« ... il est de la sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories et des méthodes médicales et de prétendre discuter des questions de pure science. »
(Voir également Cour d'Appel de Douai, 19-1-1931, Gaz. Pal. 1931-2-77 ; Tr. Civil de Lannion, 19-12-32, Gaz. Pal. 1933-1-339.)

(99) Voir Moreau « De la responsabilité médicale ».

(100) Voir en ce sens Dijon, 18-3-1903, D.P. 1904-2-134.

(101) Voir Cour d'Appel Besançon, 20-3-33, Gaz. Pal. 23-10-33 et Cass. Req. 21-6-19, D.P. 1920-1-30.

(102) Dans son arrêt du 20-5-1936 (Gaz. Pal. 1936, page 41), elle s'exprime comme suit :
« ... attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable *contrat* comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle... »

En matière hospitalière, il serait difficile de construire la thèse de la responsabilité contractuelle et il faut en venir à la responsabilité quasi-délictuelle. Ni le médecin, ni l'établissement public hospitalier ne passent de contrat avec les usagers (103).

Citons quelques cas d'espèce, dans lesquels la jurisprudence a eu l'occasion de statuer, afin d'illustrer la réserve que s'imposent les tribunaux dans l'appréciation de la faute médicale.

Est déclaré civilement responsable le médecin

1° qui commet une grave erreur de diagnostic due à sa négligence (104),

2° ou une grave négligence dans le traitement : appareils plâtrés posés contrairement aux règles de l'art et laissés en place malgré les symptômes des troubles qu'ils déterminent (105) ; traitement radiologique ou radiothermique appliqué sans prudence (106) ; oubli d'une compresse opératoire restée dans l'abdomen d'un opéré (107) ; piqûres dangereuses données sans examen du malade et sans diagnostic sérieux (108) ;

3° qui applique un traitement dangereux pour atteindre un but simplement esthétique, hors de proportion avec le danger que court l'intéressé (109). Il reste entendu que le médecin ne doit pas hésiter d'appliquer un traitement dangereux, si l'état du malade l'exige (110) ;

4° qui, dans un intérêt purement scientifique et sans avoir obtenu l'accord du malade moyennant due contreprestation, se livre sur le malade à des expérimentations sans aucune utilité thérapeutique ou curative pour l'intéressé (111) ;

5° qui délivre un certificat inexact, sans avoir soumis le malade à un examen suffisant ou sur la foi des déclarations non vérifiées du malade ou d'une tierce personne dans le but

(103) Voir C.E. 21-2-1936, R.E.B. 1937, p. 21.
(104) Voir St-Quentin, 22-5-1861. Le Droit, 27-5-1851.
(105) Req. 21-7-1862, D.P. 1862-1-419).
(106) Aix, 22-10-1926, D.P. 1907-2-41 ; Cour d'Appel Rennes, 15-5-1933, G.P. 23-10-1933 ; Bordeaux 7-6-1933, R.H. 1934-35.
(107) Yonne, 23-12-1926, R.H. 1928-88 ; Etampes, 16-5-1933, G.P. 23-10-1933.
(108) Cass. 16-4-1921, R.H. 1921-370.
(109) Cass. civ. 29-11-1920, G.P. 1921-1-68 et D.P. 23-1-103.
(110) Paris, 22-1-1913, D.P. 1919-2-73.
(111) Aix précité ad 1°, Lyon 27-6-1913, D.P. 1914-2-73 ; ce dernier jugement décide que l'accord du malade n'est licite qu'au cas où le malade retire un avantage du contrat, en vertu duquel il se prête à l'expérience.

de faire admettre le malade dans un établissement d'aliénés, soit en vue d'obtenir un paiement d'une assurance, etc. (112).

Citons, également, plusieurs décisions intervenues dans des cas de responsabilité pour faute commise, non pas dans, mais à l'occasion de l'exercice technique de la médecine. Est responsable le médecin

1° qui, appelé d'urgence auprès d'un malade et ayant promis d'arriver pour donner les soins urgents, ne remplit pas cet engagement, dès lors que généralement, dans les cas analogues, ces malades guérissent, si les soins sont donnés en temps utile (113) ; le médecin qui après avoir commencé un traitement l'abandonne, malgré le risque que comporte cette interruption (114) ;

2° qui charge une personne non qualifiée de procéder à une opération chirurgicale (115) ;

3° qui, par suite d'étourderie, commet une erreur matérielle en rédigeant une ordonnance et cause ainsi la mort d'un malade (116).

Dans tous ces cas, la faute a pu être appréciée sans que le tribunal ait eu à s'immiscer dans une discussion d'ordre scientifique. En dernière analyse, la responsabilité médicale diffère de la responsabilité en général, par ce fait que les juges rencontrent, en raison du caractère scientifique de la médecine, un obstacle insurmontable dans l'appréciation de la faute.

Ils ne condamnent que dans les cas où ils ont pu caractériser une faute du médecin, sans avoir eu à apprécier les théories et les méthodes médicales.

IV. — *Critique de la jurisprudence ordinaire*
Recherche des solutions conformes à la théorie administrative

Rappelons qu'en matière de responsabilité administrative, la question de compétence est au premier plan.

(112) Voir Cour d'Appel de Nîmes 3-7-1911, D.P. 1914-2-85 et la note ; Blois 3-12-1908, R.E.B. 1909-226 ; Seine 12-6-1896, D.P. 1896-2-374.
(113) Pau 30-6-1913, D.P. 1915-2-49 avec la note.
(114) Seine 19-12-1910, D.P. 1911-2-1909.
(115) Cass. req. 2-8-1904, D.P. 1908-1-574.
(116) Grenoble 3-2-1876. Voir Rép. pratique Dalloz v° « Responsabilité civile », n° 518.

Quels sont les tribunaux compétents pour apprécier la responsabilité des établissements publics hospitaliers engagée par l'activité de leurs médecins ?

N'est-il pas surprenant que les tribunaux ordinaires que nous avons indiqués n'aient pas songé à tirer la conséquence qui s'imposait quant à la compétence, eu égard au caractère administratif des établissements publics hospitaliers, et qu'ils n'aient même pas discuté la question de compétence !

Il n'y a, pourtant, pas à s'y tromper. La responsabilité de ces établissements ne peut être déclarée que par les tribunaux administratifs. Telle est la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. Telle est, d'ailleurs, la solution qui se dégage d'un arrêt du Tribunal des Conflits en date du 15 mars 1902 (117). Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts, intentée à la suite d'un décès survenu faute de soins dans un lazaret maritime sur un diagnostic erroné. Le Tribunal des Conflits a précisé que les tribunaux ordinaires étaient seuls compétents pour apprécier la responsabilité personnelle du médecin fautif, mais qu'il appartient aux tribunaux administratifs de connaître de l'action dirigée contre l'Etat, civilement responsable des fautes de ses agents.

C'est donc à tort que les tribunaux, après avoir dégagé la faute du médecin, ont recherché si la commission administrative n'était pas tenue en qualité de commettant.

La notion de préposition ne caractérise nullement les rapports qui se forment entre les établissements hospitaliers et leurs médecins, même en dehors de l'activité médicale proprement dite.

La compétence étant administrative, la règle de droit n'est plus celle consignée dans l'article 1384 du Code civil, mais c'est la règle administrative de la responsabilité pour faute de service.

Nous voilà arrivés au fond de la question. Ce n'est pas une responsabilité cumulative entre l'administration et son médecin qui entre en ligne de compte, mais une responsabilité partagée entre le médecin et l'établissement, en vertu de la distinction de la faute personnelle et de la faute de service.

(117) D.P. 1903-3-93.

Pour prouver l'inexactitude du système des tribunaux ordinaires quant à la responsabilité hospitalière encourue du fait du médecin, il faut remonter à la base juridique de leur raisonnement : à la notion de préposition. Or, la distinction établie autour de cette notion pèche par la base.

En réalité, le médecin n'est jamais le préposé de la commission administrative. Il est un agent de l'administration, un organe du service public. Ou bien il agit comme organe de l'administration et alors, il l'engage par son action, ou bien il agit ou doit être réputé agir en son propre nom, et alors il est seul tenu. Il est vrai que, par l'effet de l'extension donnée par le Conseil d'Etat lui-même aux cas de cumul de responsabilité, la distinction établie autour de la notion du fait de service est devenue moins nette depuis quelques années.

Gardons-nous de conclure que l'avènement de la compétence administrative entraîne fatalement une extension sensible de la responsabilité des établissements hospitaliers pour les fautes commises par leurs médecins.

D'abord, les tribunaux ordinaires concluent à la responsabilité même pour la faute légère. Il suffit qu'elle soit nettement caractérisée. Les tribunaux administratifs, par contre, exigent une faute d'une particulière gravité. Il y a là matière pour restreindre sensiblement la responsabilité de l'administration dans les cas de responsabilité non purement médicale, où jusqu'à présent la jurisprudence ordinaire l'a largement admise. Ensuite, une restriction importante résultera nécessairement du principe du non-cumul qui, malgré tout, reste la règle. En matière d'exercice technique de la médecine, il se pourra que, dans certains cas, l'administration soit déclarée responsable, alors que, dans la jurisprudence judiciaire, elle ne l'était pas; mais la nécessité d'une faute lourde en cette matière, où les tribunaux administratifs rencontreront les mêmes difficultés d'ordre technique et montreront pour le moins la même circonspection que les tribunaux ordinaires, rendra extrêmement rares les cas où le recours en responsabilité introduit contre l'établissement aboutira à la suite de manquements relatifs à l'exercice technique de la médecine.

Il faut une faute lourde. Or, la faute lourde constituera

souvent une faute personnelle, susceptible d'entraîner seulement la responsabilité du médecin.

Le Conseil d'Etat l'a affirmé avec netteté dans deux arrêts du 8 novembre 1935. (118). Nous relevons dans l'un d'eux le « considérant » suivant :

« Considérant que, s'agissant d'un traitement chirurgical, la responsabilité des hospices ne pourrait être engagée qu'au cas où une *faute lourde* aurait été commise par le chirurgien ou l'interne opérant sous sa direction... »

Dans l'autre, l'exigence d'une faute grave est particulièrement mise en relief, puisqu'elle s'y trouve mentionnée côte à côte avec la faute de service en général :

« Considérant que, pour demander à l'Administration l'allocation d'une indemnité, la requérante soutient que les affections dont elle a été atteinte postérieurement à sa sortie de l'hôpital seraient imputables à des *fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions par des membres du personnel* du dit établissement,

« Considérant que l'intéressée ne justifie pas, d'une part, d'une *faute commise par des agents du service administratif* de l'hôpital et que, d'autre part, elle n'établit pas à la charge du *service médical* l'existence d'une *faute lourde dans le traitement* dont elle a été l'objet ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée » (119).

Il a été saisi d'un autre recours, intenté après que le tribunal judiciaire, saisi d'abord, s'était déclaré incompétent. Le tribunal civil de Bordeaux avait été saisi de la demande d'un malade qui, à la suite d'une blessure, alléguait avoir été tellement mal soigné qu'il avait dû être amputé du bras. Le tribunal a statué au fond dans l'action dirigée contre le médecin responsable. Mais il s'est déclaré incompétent pour connaître de l'action intentée contre l'administration hospitalière elle-même, par jugement du 23 décembre 1931. L'intéressé s'est alors adressé à la commission administrative de l'établissement et, vu le silence de cette administration, il s'est pourvu au

(118) Voir Dall. 1936-3-15, note Heilbromer et S. 1936-3-127.

(119) Voir également C.E. 22-1-1936, Gaz. Pal. 1936-1-182, et C.E. 13-5-1936, Revue Hospitalière de France, 1937, p. 72.

Conseil d'Etat contre la décision implicite de rejet. La section du contentieux ordonna qu'il fût avant dire droit procédé à une expertise. Notons le « considérant » de cet arrêt :

« Considérant que l'état de l'instruction ne permet pas d'apprécier si, dans les conditions où elle a été effectuée, l'amputation subie par le sieur T... est de nature à engager la responsabilité des hospices civils de B... qu'ainsi, il y a lieu d'ordonner une expertise... » (120).

Implicitement, le Conseil d'Etat paraît donc avoir admis que l'amputation rendue nécessaire par un mauvais traitement médical est susceptible, dans certains cas, d'entraîner la responsabilité de l'administration, ce qui confirme le point de vue que nous avons adopté, à savoir que l'administration ne bénéficie pas de cette irresponsabilité que certains tribunaux ont bien voulu lui octroyer.

Si le médecin commet une faute lourde, dans son activité médicale, cette faute peut engager la responsabilité de l'établissement, si le tribunal administratif estime qu'elle n'est pas de celles qui engagent exclusivement la responsabilité du médecin.

Résumons en quelques mots les résultats auxquels nous sommes ainsi arrivés :

1° Les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour apprécier la responsabilité qu'encourent les établissements publics hospitaliers du fait de leurs médecins.

2° Cette responsabilité se règle suivant le principe général de la responsabilité administrative : l'administration répond des fautes de service commises par le médecin, le médecin lui-même répond de ses fautes personnelles.

3° En fait, les tribunaux administratifs — de même que les tribunaux ordinaires — ne pourront entrer dans la discussion des théories et des méthodes médicales et ne pourront déclarer la responsabilité (les premiers) de l'administration ou (les autres) du médecin pris personnellement que pour les fautes qu'ils auront pu caractériser en dehors de toute discussion scientifique.

(120) Voir cet arrêt C.E. 18-7-1934, R.E.B. 1935-418.

4° Les tribunaux administratifs, saisis de réclamations contre l'administration, ne prendront en considération que la faute lourde. Les tribunaux ordinaires, par contre, qui ont à apprécier la responsabilité personnelle du médecin auront une tendance à sanctionner même ses fautes légères, sauf élévation du conflit.

Ainsi, la question de la responsabilité de l'établissement pour les fautes commises par le médecin ressemble en tous points à la question de la responsabilité pour des fautes commises par des auxiliaires du médecin.

Le système de l'article 1384 n'est pas applicable à l'administration, la thèse suivant laquelle, dans certains cas, l'infirmière doit être considérée comme la préposée du médecin lui-même, n'est susceptible d'aucune suite en matière hospitalière. L'irresponsabilité de l'administration n'existe ni pour les suites de l'activité du médecin, ni à plus forte raison pour celles de l'activité de sa prétendue préposée, l'infirmière. L'administration n'est irresponsable qu'en cas de faute personnelle engageant exclusivement la responsabilité de l'agent. Que la faute commise par l'infirmière soit du domaine de son activité propre ou du domaine de son activité concourante avec celle du médecin, les tribunaux administratifs étudieront toujours si elle engage la responsabilité personnelle de l'infirmière ou celle de l'administration.

La responsabilité de l'administration pour faute de service du médecin hospitalier, apparaît comme infiniment plus souple que la responsabilité résultant du principe commode, mais rigide de l'article 1384 du Code civil.

Il n'y a pas de place, en la matière, pour une responsabilité spéciale, n'obéissant pas aux principes généraux de la responsabilité de l'administration.

§ 2. — La responsabilité de l'administration pour l'activité de ses pharmacies et laboratoires

Admettons un instant que la question de responsabilité de l'administration pour l'activité de sa pharmacie ou de son la-

boratoire soit portée devant une juridiction ordinaire, sans que celle-ci se déclare incompétente pour en connaître. Ce tribunal aurait-il des raisons analogues qu'au cas de responsabilité médicale pour décider que l'administration ne répond pas des fautes commises par ces services dans l'exercice technique de leur art.

Nous ne le pensons pas. Le pharmacien est un simple agent d'exécution des prescriptions médicales, qui jouit d'ailleurs d'un monopole légal (121). Il n'applique pas de méthodes empiriques et incertaines. Il prépare des drogues et des médicaments suivant des recettes bien établies et le Codex lui met sous les yeux avec une précision toute mathématique les formules qu'il se borne à appliquer, sans exercer aucune initiative. Sa faute consiste précisément à ne pas observer ces normes qui lui sont imposées (122).

Le chimiste et la laborantine font également application de la science ; de même que le pharmacien, ils exécutent des actes classiques, des analyses réglées par des méthodes précises en vue de déterminer l'existence de telle maladie, la présence de tel microbe, la composition chimique de tel produit. Ils ne travaillent pas en contact avec le malade. Mais leur activité intéresse au plus haut point le traitement du malade, puisque c'est souvent sur la base des résultats auxquels aboutissent leurs recherches que s'établit le diagnostic et, par conséquent, que s'organisent les soins.

L'activité de ce personnel technique de l'administration hospitalière n'a donc pas de caractère incontrôlable et fugitif qui caractérise l'activité médicale. Les erreurs et les négligences se prouvent facilement dans la plupart des cas et ne soulèvent pas, en général, de discussions d'ordre scientifique. Il s'agit simplement de savoir, en cas de dommage, si la recette a été exactement exécutée, si l'analyse a été consciencieusement faite, etc...

Il en résulte que ces personnes ne peuvent bénéficier de la

(121) Voir art. 25 de la loi du 21 Germinal An XI.

(122) Préparation non conforme à l'ordonnance, Cass. Cr. 23-6-1905, S. 1906-1-247 et 29-11-1907, D.P. 1910-1-437 ; délivrance d'un poison sans ordonnance, Cass. Cr. 22-1-1904, D.P. 1907-1-392 ; remède secret, Cass. Cr. 8-12-1906, D.P. 1907-1-113.

jurisprudence judiciaire relative à la responsabilité médicale et que l'administration ne saurait exciper du caractère incontrôlable de cette activité pour étayer la thèse de l'irresponsabilité motivée par l'absence du lien de préposition et l'indépendance du pharmacien ou du chimiste.

Les tribunaux ordinaires admettraient donc, à n'en pas douter, que le pharmacien est le préposé de l'établissement public hospitalier.

Mais nous savons que les tribunaux judiciaires ne seraient pas plus compétents pour connaître des actions en dommages-intérêts intentées contre l'administration pour les dommages causés par ses pharmaciens et chimistes que de celles relatives aux dommages causés par ses médecins. La compétence est exclusivement administrative : en conséquence, le pharmacien sera personnellement responsable pour tous les dommages causés par sa faute révélant un fait détachable du service, l'administration assumera seule la responsabilité pour les dommages dus à une faute de service.

Le plus souvent, ces fautes surviennent à l'occasion du service et sans intention malveillante. Aussi les tribunaux administratifs auront-ils à déclarer dans la plupart des cas la responsabilité de l'administration.

§ 3. — La responsabilité de l'établissement public hospitalier pour les fautes commises par les tiers qui agissent pour son compte.

Nous avons spécialement en vue les laboratoires et les pharmacies privés, travaillant pour l'administration hospitalière.

Il n'y a entre l'établissement et les propriétaires de ces établissements privés aucun lien de dépendance, de subordination. Ils traitent d'égal à égal et, au point de vue juridique, la commande d'analyse, de médicaments ne diffère pas des autres commandes de fournitures passées par la commission administrative.

Dans quelle mesure l'administration est-elle responsable en-

vers les malades des suites d'analyses mal faites, des produits, médicaments, drogues, etc., mal préparés ?

L'administration ne saurait être responsable, si elle n'a commis aucune faute, par exemple dans le choix du laboratoire ou dans la manière dont l'analyse, le médicament, etc., a été demandé. La victime ne pourra donc s'adresser qu'à la personne fautive elle-même, en vertu de l'art. 1382 du Code civil.

Envers l'administration, le propriétaire du laboratoire, le pharmacien encourt une responsabilité contractuelle.

L'administration pourrait donc invoquer cette responsabilité, si un dommage résultait, pour elle, de la mauvaise exécution du contrat de fourniture.

Les conséquences dommageables d'une analyse ou d'un médicament mal faits sont, par nature, des suites prévisibles au moment du contrat. En cas de dommage, le fournisseur ne saurait alléguer qu'il a ignoré que l'analyse devait servir de base au diagnostic ou au traitement.

Toute autre serait la solution si, se plaçant sur le terrain du droit privé, on admettait une obligation contractuelle de garde incombant à l'administration. La Commission administrative, dans ce cas, serait responsable envers le malade, quitte à se retourner contre le tiers fautif.

Mais cette thèse ne saurait être soutenue.

§ 4. — La responsabilité de l'administration pour les dommages causés par le personnel enseignant et les étudiants et élèves

Nous avons rendu attentif à l'activité exercée à l'hôpital par des personnes qui ne sont ni nommées par la Commission administrative, ni placées sous son autorité hiérarchique. Ce sont : d'un côté, les professeurs des facultés de médecine et leurs auxiliaires, corps hiérarchisé de fonctionnaires de l'enseignement public, comprenant le personnel des laboratoires de recherche, les membres des facultés libres et les instructeurs et moniteurs d'écoles privées d'infirmières, etc.; et de l'autre

côté les personnes qui profitent de l'enseignement (étudiants, élèves-infirmières et infirmiers, stagiaires, etc.).

L'activité de toutes ces personnes, et surtout l'activité du débutant, de l'étudiant et de l'élève, peut entraîner fréquemment des suites dommageables.

Comment se réglera la responsabilité dans ces cas ? L'auteur du dommage sera-t-il personnellement responsable ? La personne ou l'autorité qui assume la surveillance sera-t-elle également responsable ? L'administration hospitalière pourra-t-elle être mise en cause ?

Il faut soigneusement distinguer les dommages causés par les membres de l'enseignement public et les étudiants et élèves, et ceux qui sont causés par les personnes privées.

En ce qui concerne les dommages causés par les élèves-infirmiers ou élèves-infirmières faisant partie d'écoles organisées par la Commission administrative elle-même, nous renvoyons aux principes que nous avons formulés en traitant de la responsabilité qu'encourt l'établissement du fait de son personnel.

I. — *Membres de l'enseignement public*

La responsabilité pour les dommages causés par les membres de l'enseignement public est réglée par la loi du 20 juillet 1899 qui a la teneur suivante :

Article premier. — « La disposition suivante est ajoutée au dernier alinéa de l'art 1384 du Code civil : « Toutefois, la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public. »

Art. 2. — « L'action en responsabilité contre l'Etat dans le cas prévu par la présente loi sera portée devant le tribunal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage aura été causé et dirigée contre le préfet du département. »

Mais ce texte laisse en dehors de ses prévisions la question qui nous occupe, celle de la responsabilité de l'administration hospitalière elle-même. Il ne règle que la responsabilité de l'Etat, en attribuant expressément le contentieux de cette res-

ponsabilité aux tribunaux ordinaires, par exception au principe général de la compétence administrative.

L'administration hospitalière peut-elle être rendue responsable des suites dommageables de l'activité des membres de la Faculté de Médecine ?

Il faut, suivant nous, répondre par la distinction du rôle universitaire et du rôle hospitalier des professeurs cliniciens :

Le professeur, l'agrégé clinicien ou le chef de clinique cumulent des fonctions universitaires et des fonctions hospitalières. Tout en n'étant pas nommés par la commission administrative, ils comptent parmi le personnel régulier de la clinique, auquel incombe le service médical. Ils ne sont pas comparables aux stagiaires et autres personnes qui viennent passer dans les services pour s'initier.

Ils réunissent donc en eux deux qualités différentes. Ils sont d'abord — et voilà le but même de leur présence — les maîtres auxquels incombe le rôle de former les futurs médecins. En outre, ils sont chargés de services hospitaliers. Or, si dans leur premier rôle, ils sont hiérarchiquement subordonnés à l'Université, dans le second, ils n'ont d'autre autorité que la commission administrative, dont ils exécutent le règlement de santé. Ils dirigent les soins donnés aux malades, soignent eux-mêmes ceux qui ont besoin de plus grande sollicitude et suivent les cas médicalement intéressants.

Il est facile de distinguer dans leur activité les actes visant exclusivement l'enseignement et ceux qui sont accomplis dans leur seule qualité de chef de service hospitalier. Seul le but de l'acte importe. Il est indifférent qu'il soit intervenu au service de malades ou à la salle de cours.

Cette double orientation de l'activité détermine deux responsabilités différentes : celle de l'Etat, régie par le texte que nous venons de rapporter et celle de l'établissement public hospitalier, obéissant aux principes généraux de la responsabilité administrative.

Le défaut de nomination par la Commission administrative ne constitue plus, dans l'état actuel du droit, un obstacle à la responsabilité de l'établissement public hospitalier. Même en droit privé, pour déterminer le lien de préposition, on ne

s'attache plus, comme autrefois, à la question de nomination. Ce qui importe, c'est la soumission aux règlements édictés par la Commission et la participation effective au service hospitalier ; en un mot, la subordination hiérarchique.

Mais cette distinction nette et simple en théorie du professeur-clinicien et du professeur-médecin n'est pas toujours facile en pratique. Le personnel universitaire affecté au service hospitalier accomplit une multitude d'actes, dans lesquels s'affirme, précisément, la réunion des deux fonctions qu'il cumule. L'hypothèse pratique la plus simple est la suivante : pendant un cours ou un exercice clinique, le malade servant à la démonstration subit un dommage.

Comment, dans ces cas, faire la part exacte de la responsabilité de l'Etat et de celle de l'établissement hospitalier ?

Il faut envisager deux hypothèses différentes :

1° L'acte dommageable est accompli sans aucune nécessité au point de vue du traitement du malade.

2° L'acte accompli fait partie du traitement.

1) Dans le premier cas, il est hors de doute que l'établissement hospitalier ne saurait être responsable. Nous avons souligné que le malade remis à la garde de l'administration ne pourrait utilement invoquer un principe d'assurance, de risque, en vertu duquel l'établissement serait responsable de tous les dommages, qui pourraient le frapper pendant son hospitalisation. Seule la faute de service peut fonder la responsabilité de l'administration. Or, l'hôpital n'est pas en faute de tolérer que ses malades soient utilisés à des fins d'études médicales, puisque cette manière de procéder est instituée par la loi elle-même, que le particulier, le malade, est censé connaître aussi bien que l'administration.

La responsabilité pour les dommages causés aux malades par les actes accomplis en vue de l'enseignement de la médecine ne peut incomber qu'à l'administration qui possède l'initiative de cet enseignement et le pouvoir de l'organiser, c'est-à-dire à l'Etat.

L'établissement hospitalier ne saurait être tenu, ni de son propre chef, ni en qualité de garant.

Et il en est ainsi, à notre avis, encore que le personnel hospitalier des cliniques, placé sous les ordres du professeur, participe à l'acte dommageable, du moment que ce personnel se borne à exécuter les ordres reçus.

Il faut, toutefois, réserver le cas où le dommage est dû, en dernière analyse, à une faute commise par le personnel de l'établissement ou à une faute d'organisation du service hospitalier : faute commise par l'infirmier ou l'infirmière d'hôpital, qui a développé, sans aucun ordre du personnel universitaire compétent, une initiative personnelle, à laquelle ce dommage doit être directement rattaché (123), à moins que ne soit engagée la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage, qui exclut le plus souvent celle de l'administration.

2) Dans le second cas, la situation, en apparence plus complexe, se règle en réalité d'une manière plus simple. Si l'acte dommageable est accompli à la fois dans l'intérêt de l'enseignement et en vue du traitement (124), il faut conclure à la responsabilité cumulative de l'Etat et de l'établissement hospitalier.

Il est intéressant de relever que, dans ces cas, la victime a souvent un intérêt particulier à agir contre l'Etat. En effet, la compétence judiciaire entraîne l'application des art. 1382 à 1384 du Code civil, qui lui assurent souvent l'indemnisation la plus large.

La réserve que nous venons de faire, au permier cas, dans l'hypothèse de la faute commise par l'établissement hospitalier, vaut en l'occurrence à plus forte raison. Il faut, ici, faire une réserve analogue au cas où l'Université a elle-même commis une faute, à laquelle se rattache directement le dommage (125). Seule la faute du personnel universitaire chargé de fonctions hospitalières peut, en effet, engager la responsabilité de l'établissement public hospitalier.

(123) Mauvais état des locaux, des installations, des instruments, du matériel mis à la disposition du professeur par la commission administrative.

(124) Il faut supposer — bien entendu — qu'il rentre dans le traitement effectivement appliqué au malade et qu'il revête un certain degré de nécessité.

(125) Fourniture, par un laboratoire universitaire, en vue à la fois du traitement et de l'enseignement d'une préparation mal faite, de matériel défectueux, etc...

II. — *Etudiants*

Il faut soigneusement distinguer les étudiants des internes et externes nommés par la Commission administrative. Les étudiants, eux, font partie de cette catégorie anonyme de personnes que la Commission administrative voit évoluer dans ses services sous la direction du professeur-clinicien, et sur lesquels elle n'a aucune prise. Leur présence lui est imposée.

Le principe de l'irresponsabilité de l'établissement pour les dommages qu'ils causent par leurs propres initiatives ne saurait être mis en doute. Ils n'engagent que la responsabilité de l'Etat qui assume la charge de leur encadrement.

Mais, le principe souffre les exceptions dictées par le devoir de protection, que doit remplir la Commission administrative à l'égard de ses malades. Sans doute, l'établissement ne saurait-il être responsable de tous les agissements des étudiants, qui sont souvent nombreux et qui ne peuvent être tous surveillés à chaque instant. Les tribunaux auront à apprécier dans les cas qui leur seront soumis, si l'administration a organisé la police intérieure de l'établissement d'une manière satisfaisante en vue d'assurer à ses administrés une protection suffisante.

L'établissement public hospitalier peut donc être rendu responsable des dommages causés à ses administrés par des étudiants de la Faculté de Médecine, à condition que les circonstances révèlent un défaut d'organisation ou de surveillance d'une particulière gravité.

Quelle est, enfin, la situation au cas où l'étudiant exécute un acte médical sur l'ordre et sous la surveillance du professeur ou d'un autre membre clinicien de la Faculté de Médecine ? Nous estimons qu'il faut s'en tenir, à cet égard, à la distinction que nous avons établie pour l'activité dudit personnel lui-même : si l'acte est exécuté dans le seul intérêt de l'enseignement, l'établissement public ne saurait être responsable. Si, par contre, l'acte consiste dans des soins nécessaires donnés au malade, sa responsabilité pourrait être engagée cumulativement avec celle de l'Etat, sauf le cas de faute personnelle.

Remarquons que la responsabilité de l'établissement serait admise dans une mesure plus large, si la Commission administrative acceptait que l'étudiant participe au service d'une manière régulière. Il ne se distinguerait pas, alors, au point de vue de la responsabilité des autres agents de l'administration.

III. — *Moniteurs, stagiaires et élèves n'appartenant pas à l'Université*

Ce sont des personnes admises par la Commission administrative à entrer dans les services hospitaliers aux fins d'organiser ou de suivre des stages de formation professionnelle. Citons, notamment, les accords conclus entre des écoles libres de médecine et les commissions administratives. En vertu de l'article 6 de la loi du 12-7-1875, des Facultés libres de médecine peuvent s'établir, si elles justifient qu'elles disposent, dans un hôpital, de 120 lits au moins pour l'enseignement clinique médical, chirurgical et obstétrical (126).

Comment, dans ces cas, va se régler la responsabilité de l'administration ?

La situation diffère de celles que nous venons d'étudier par le fait que l'administration n'est nullement obligée à recevoir ces personnes. Elle leur concède librement, souvent moyennant contre-partie (participation au service, indemnité, etc.), l'accès à l'hôpital. Y a-t-il là raison suffisante pour décider que l'administration répond toujours du dommage causé aux usagers ?

Distinguons suivant que ces personnes agréées participent ou non au service.

1° Dans le cas de non-participation au service, l'administration n'entend nullement considérer ces personnes comme ses collaborateurs, comme ses agents. Elle ne leur demande aucun service et ne leur fournit aucune prestation en retour. Elle se borne à leur permettre de suivre le service, autorisation justifiée par un intérêt général évident.

(126) Voir un jugement du Tribunal civil de Lille, intervenu à propos d'un contrat de ce genre : Lille, 19-6-1902, R.E.B. 1903, p. 9.

Les fautes commises par ces personnes ne sont donc pas à considérer comme des fautes de service, pas plus que celles que peuvent commettre les autres personnes allant et venant à l'hôpital (127).

L'administration doit prendre toutes mesures pour éviter que des dommages soient causés aux administrés par suite de la présence et de l'activité des stagiaires. Elle doit notamment veiller à ce qu'ils n'exercent pas d'actes qui ne doivent en principe être exécutés que par un personnel compétent et stable et à ce qu'ils soient constamment et efficacement surveillés dans leurs allées et venues. Elle pourrait donc encourir une responsabilité pécuniaire, si une faute de surveillance pouvait lui être reprochée. Mais une fois ces mesures prises, l'administration ne peut plus encourir aucune responsabilité envers les malades du fait des stagiaires non affectés au service.

Ainsi, par exemple, l'établissement ne serait pas responsable si, dans le seul intérêt de satisfaire sa curiosité, une stagiaire, malgré la défense formelle faite par la commission administrative, en l'absence momentanée du médecin et alors que le personnel de service est occupé par un cas qui exige toute son attention, se rendait dans le local où sont couchés les nouveaux-nés, sortait l'un d'eux de son berceau et le laissait tomber par mégarde, lui causant une infirmité ou la mort. La stagiaire ayant ainsi surpris la vigilance du personnel, auquel aucun reproche ne pourrait être fait, l'administration ne saurait être utilement attaquée.

L'autorisation du stage ne modifie donc pas la solution que nous avons admise quant aux étudiants, à condition que le stagiaire ne soit pas chargé de participer au service.

2° Si, par contre, ces personnes sont appelées à participer au service par la Commision administrative, leurs fautes engagent la responsabilité de l'administration dans la même mesure que celles que commettent les agents permanents.

Mais supposons maintenant que, sans aucune autorisation de la Commission Administrative, le chef de service médical de l'établissement affecte une stagiaire ou un élève-infirmière au

(127) Visiteurs, parents des malades, fournisseurs, etc...

service des malades, lui demandant, par exemple, en dehors de toute convention, de remplacer du personnel malade ou absent. Pareille décision lie-t-elle l'administration ? Engage-t-elle sa responsabilité ?

Admettons que le règlement intérieur ne confère pas expressément au chef de service cette faculté d'admettre des stagiaires. Affecter au service hospitalier des stagiaires, c'est un moyen classique pour assurer le service sans engager du personnel supplémentaire, quand le personnel hospitalier est défaillant, et la plupart des commissions administratives ne sont nullement mécontentes de trouver ainsi sans frais le personnel de fortune indispensable dans les moments difficiles. Souvent, la commission administrative laisse au professeur clinicien l'initiative pleine et entière pour l'organisation du service médical.

Tant que la commission administrative n'interdit pas expressément l'utilisation de ce personnel de fortune et que le professeur clinicien peut se référer à la tradition et aux usages, il faut présumer l'accord implicite de la commission administrative. Si le stagiaire est chargé non seulement d'exécuter certains actes isolés et occasionnels, mais d'assurer le service d'une manière continue et intégrale avec une certaine responsabilité envers le chef de service, il ne semble pas que l'administration puisse exciper du défaut de nomination de ces personnes pour décliner sa responsabilité, car cette personne doit alors être considérée comme faisant partie du personnel.

Mais la commission peut interdire l'utilisation des stagiaires et élèves dans les services hospitaliers. Supposons que le chef de service passe outre à l'interdiction. Quelle sera alors la situation de l'administration en matière de responsabilité envers l'administré ? L'administration commet-elle une faute de service en n'empêchant pas l'utilisation de stagiaire dans le service ?

Pratiquement, cela revient à dire : la responsabilité de l'administration va-t-elle être engagée en cas d'insoumission du professeur, du directeur de service, en général ? Nous ne le croyons pas. Une fois de plus, la souplesse de la théorie administrative de la faute de service vient relever l'administration

de cette conséquence en apparence aussi inéluctable que regrettable. En effet, le chef de service, qui aura contrevenu aux prescriptions de la commission administrative, se sera volontairement placé en dehors des règlements. Il encourra donc une responsabilité personnelle. Sa faute ne constituera une faute de service liant l'administration que si le professeur arrive à prouver que, vu l'urgence ou l'impossibilité de se procurer du personnel de remplacement, il a agi par nécessité dans l'intérêt du service, comme gérant d'affaires de la Commission administrative.

En tout état de cause, le tribunal administratif pourrait, s'il estimait que l'administration a elle-même commis une faute de surveillance, déclarer la responsabilité de l'établissement.

Il va sans dire que la nature privée de la convention intervenue entre la Commission Administrative et les associations, œuvres, écoles et les particuliers, en vue du stage, n'entraîne aucune conséquence quant à la compétence en matière de responsabilité invoquée par les administrés pour les dommages causés par les stagiaires, élèves, etc...

Elle détermine, par contre, la compétence judiciaire pour tous les litiges s'élevant à l'occasion de l'exécution de ces conventions (responsabilité pour inexécution, exécution défectueuse ou tardive des obligations contractuelles, etc...).

⁂

A la fin de ce chapitre, dans lequel nous avons passé en revue les principaux cas de responsabilité de l'administration envers ses usagers, dressons un rapide bilan. La question de compétence, question dominante de la responsabilité administrative, ne soulève de difficulté particulière qu'en matière de protection de la liberté individuelle des usagers. On est d'autant plus frappé de la lenteur, avec laquelle les tribunaux ordinaires se mettent en règle avec les principes de la compétence administrative. De nombreux tribunaux, même des cours d'appel, continuent encore à se déclarer compétents pour reconnaître des actions en responsabilité intentées par les malades contre les

établissements publics hospitaliers. Leur position est devenue intenable depuis que la Cour de Cassation elle-même s'est rendue aux raisons tirées du principe de la séparation des pouvoirs. Il faut admettre que les tribunaux réfractaires ne tarderont pas à se ranger à l'avis de la Haute Cour.

Autre fait saillant de la responsabilité de l'établissement hospitalier envers ses malades : grâce à la souplesse de la théorie administrative, point n'est besoin, pour éviter à l'administration de trop lourdes responsabilités du fait de ses médecins, de prendre recours à de subtiles raisonnements construits autour de la notion de préposition et aboutissant à des principes rigides d'irresponsabilité de l'administration et de responsabilité personnelle du médecin. En cette matière, la distinction établie entre la faute personnelle et la faute de service garantit une protection suffisante des patrimoines hospitaliers.

TITRE II

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER ENVERS SON PERSONNEL

L'administration, personne morale, ne peut agir qu'au moyen de ses organes. Les dommages qu'entraîne son action sont le fait de personnes physiques.

Le problème du partage de la responsabilité entre l'administration et l'organe nous oblige à définir d'abord les rapports juridiques entre la personne morale et son agent.

Mais cette définition est plus indispensable encore quand il s'agit d'étudier la responsabilité de l'administration envers son agent lui-même, pour les dommages qu'il subit à l'occasion de ses fonctions.

Nous retrouvons, en ce qui concerne les agents, la distinction qui s'est imposée dans l'énumération des catégories d'usagers : la distinction entre les situations statutaires et les situations contractuelles.

Dans une étude parallèle à celle que nous venons de faire pous les usagers, nous dresserons d'abord la liste des agents de l'administration hospitalière et nous préciserons la nature juridique de leurs rapports avec l'administration en soulignant comment la différence de nature existant entre les deux catégories d'agents peut réagir sur la responsabilité de l'administration.

Ensuite, nous pourrons développer, séparément pour les deux groupes, les principes particuliers appliqués quant à cette responsabilité, en réservant une section spéciale à l'étude de la législation sociale en tant qu'elle s'impose à l'administration hospitalière.

CHAPITRE XII

LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS ET LEUR PERSONNEL

SECTION I

La composition du personnel

La variété de ce personnel nous oblige d'en diviser l'étude suivant les rôles respectifs qui lui incombent. Mettant à part les membres de la commission administrative, nous distinguons deux grands groupes de personnes : le premier comprend celles qui participent plus spécialement aux soins et aux travaux scientifiques qui en constituent l'accessoire et le second celles qui contribuent plutôt à la gestion matérielle, administrative, économique ou financière de l'établissement.

Ne nous dissimulons pas, cependant, ce que cette distinction, appliquée à la lettre, aurait d'artificiel. Bien des agents de l'administration hospitalière remplissent à la fois des fonctions médicales et administratives (médecins directeurs de service, infirmières cheftaines, etc...). Elle ne tend qu'à mettre en lumière le rôle essentiel des différentes personnes. Examinons séparément les trois groupes que nous avons ainsi distingués.

§ 1 . — Les membres de la commission administrative

Les membres de la commission administrative sont nommés en partie par le conseil municipal (deux d'entre eux) et en par-

tie par le préfet (quatre d'entre eux) et le maire de la commune en est le président de droit.

Les membres nommés par le conseil municipal suivent le sort de cette assemblée, les autres sont nommés pour quatre ans, de telle sorte que chaque année le mandat de l'un d'eux expire. Ils peuvent, d'ailleurs, être indéfiniment renommés.

Tous les membres peuvent être révoqués par le ministre compétent (1). La révocation est un acte discrétionnaire dont les motifs — sauf le cas de détournement de pouvoir — échappent au contrôle du Conseil d'Etat (1 *bis*).

La commission désigne elle-même son vice-président et l'ordonnateur, chaque fois pour une année.

§ 2. — Le personnel participant a la gestion administrative et économique

Ce groupe comprend le personnel administratif, le personnel ouvrier et servant, ainsi que diverses personnes ayant une situation tout à fait spéciale, telles que les ministres des cultes.

I. — *Personnel administratif*

Le personnel administratif des établissements publics hospitaliers constitue un corps d'agents hiérarchisés, nommés et révoqués par la commission administrative (2) à l'exception de certains employés du cadre supérieur qui sont nommés ou agréés par le Préfet, les secrétaires des commissions administratives, les économes et les receveurs (3).

Seuls les établissements importants ont des receveurs spéciaux.

Le rôle des divers employés résulte des décisions et règlements de la commission administrative.

(1) Actuellement le Ministre de la Santé Publique.
(1 *bis*) Voir en ce sens C.E. 19-1-1906, R.E.B. 1906, p. 86.
(2) Voir art. 7 de la loi du 16 Messidor An VII.
(3) Loi du 7 août 1851, article 14.

II. — *Personnel ouvrier et servant*

Les établissements hospitaliers utilisent des ouvriers de la plupart des corps de métiers, des maçons, des ferblantiers et installateurs, des peintres, des menuisiers, des charpentiers, des tapissiers, des serruriers, des monteurs de chauffage central, des électriciens, des tailleurs et des couturières, des matelassiers, jardiniers. cuisiniers, bouchers, boulangers, etc...

Ils ont besoin, en outre, d'un personnel servant très nombreux, pour l'entretien des locaux (servantes, bonnes et gens de peine), pour le fonctionnement des services économiques (laveuses, repasseuses, etc...) et pour toute une série d'emplois fort divers, indispensables pour assurer le fonctionnement des services (porteurs, commissionnaires, manutentionnaires, portiers, etc...) Nommé par la commission administrative, ce personnel peut être révoqué par elle (4).

III. — *Personnel divers*

Nous avons cité les ministres des cultes. Ajoutons le personnel enseignant dans les écoles d'orphelins, d'infirmières, etc...

§ 3. — Le personnel médical, hospitalier et scientifique

Le personnel s'occupant spécialement des soins à donner aux malades comprend en première ligne les médecins, ensuite le personnel auxiliaire du médecin et enfin le personnel s'occupant spécialement de recherches de nature scientifique.

I. — *Médecins*

Il y a lieu de distinguer nettement plusieurs types dans le corps médical hospitalier. Le type classique et traditionnel c'est

(4) C.E. 27 février 1935, R.E.B. 1936, page 74.

le médecin ou le chirurgien des hôpitaux. Il est nommé par la commission administrative, souvent à la suite d'un concours, mais il ne peut être révoqué qu'avec l'approbation du Préfet (5).

Ce médecin, chef d'un service quasi indépendant au point de vue médical, a souvent sous ses ordres des assistants qui le secondent, également nommés par la commission administrative et révoqués avec l'approbation du Préfet (6).

Dans certains hôpitaux, les médecins de la localité sont également autorisés à donner des soins.

Dans les hôpitaux des villes d'Université, le service médical est fréquemment assuré par des professeurs cliniciens, des chefs de clinique nommés de même que ces professeurs par l'Université, des internes et externes, nommés par la commission administrative à la suite d'un concours organisé par les soins de la Faculté de Médecine.

II. — *Personnel auxiliaire du médecin*

Les principaux auxiliaires du médecin sont les sœurs religieuses et les infirmières, et les infirmiers.

Ce personnel, hormis les sœurs religieuses, est nommé par la commission administrative, à moins que celle-ci n'ait délégué son droit de nomination au directeur de l'établissement, situation qui s'instaure de plus en plus dans les grands et moyens hôpitaux.

Les sœurs religieuses sont généralement désignées par la supérieure de la congrégation conformément aux stipulations du traité passé entre la commission administrative et cette congrégation.

Citons encore comme auxiliaire du médecin les étudiants en médecine et les infirmières-stagiaires et élèves, qui pendant leurs études sont autorisés à travailler dans les services de malades sous la surveillance des médecins et infirmières en vue de leur formation professionnelle.

(5) Article 14 de la loi du 7 août 1851.
(6) En ce sens, C.E. 8-11-1935, R.E.B. 1936, octobre.

III. — *Personnel de laboratoire, pharmacien, etc.*

Dans tout hôpital, il est nécessaire d'avoir des laboratoires outillés en vue de faire pour certains malades des recherches d'ordre médical (analyses du sang, d'urine, glycémie, coupes histologiques, recherche de microbes, etc...). En outre, les chefs de laboratoires et les chimistes qui y sont occupés se livrent fréquemment à de véritables recherches scientifiques.

D'autre part, les hôpitaux importants possèdent souvent une pharmacie permettant au médecin d'avoir toujours à portée de main les médicaments qu'exige le soin des malades. Il va sans dire que ces pharmacies doivent être dirigées par des pharmaciens possédant les diplômes requis (7).

On admet communément que la nomination ainsi que la révocation du pharmacien ont lieu suivant l'article 14 de la loi du 7 août 1851, quoique le texte ne vise pas expressément les pharmaciens.

SECTION II

La nature juridique des rapports du personnel avec l'établissement hospitalier

Avant de rechercher pour chacune des catégories de personnel sus-énumérées la situation juridique exacte à l'égard de l'établissement, il est indispensable de faire certaines constata-

(7) Le Tribunal correctionnel de Grenoble a condamné, le 25 juillet 1935 (R.H. 1937, page 40), un maire, président de commission administrative, à 16 francs d'amende pour avoir détenu et délivré irrégulièrement des produits pharmaceutiques, comprenant des substances vénéneuses en dehors des conditions imposées par les décrets des 14-9-1916 et 20-3-1930.

En ce qui concerne la préparation de remèdes par du personnel non diplômé, la Cour de Cassation, Chambre criminelle, a décidé, le 14 août 1863 (D.P. 1864-1-399), que les Sœurs de charité d'hospices peuvent préparer quelques remèdes magistraux simples, mais pas de remèdes officinaux (spécialités). Cette solution a également été adoptée par la Cour d'Orléans, Cour de renvoi après cassation, dans un arrêt du 6-7-1897 (R.E.B. 1898, p. 5).

(8) Les différents règlements-types n'ont aucune force obligatoire. Ils ont la valeur de simples recommandations.

tions d'ensemble, et notamment de donner quelques rapides explications au sujet de la distinction fondamentale entre les fonctionnaires et les non-fonctionnaires.

§ 1. — La nature du rapport juridique

Il n'y a pas — constatons-le immédiatement — de statut législatif du personnel des établissements publics hospitaliers (8), pas plus d'ailleurs, qu'il n'y a de statut législatif des autres fonctionnaires français. La commission administrative arrête donc elle-même ces règlements, conformément à l'article 8 de la loi du 7 août 1851.

Pour être en mesure d'apprécier la condition du personnel hospitalier, il faut nous reporter une fois de plus aux principes généraux du droit administratif. Tel est l'objet du présent paragraphe.

La question peut être abordée de deux côtés : soit en partant de la distinction entre les fonctionnaires et les non-fonctionnaires, distinction s'établissant autour de la notion du statut et de la garantie du fonctionnaire, soit en partant de la distinction plus générale des relations statutaires et des relations contractuelles, distinction qui vise la nature même des relations.

I. — *Distinction des fonctionnaires et des non-fonctionnaires*

A défaut d'une définition légale, les auteurs ont, en partant des principes généraux, défini les fonctionnaires par les deux éléments constitutifs de leur état, la participation à un service public en vertu de la nomination par l'autorité administrative et le caractère permanent de l'emploi au sein de l'administration (9).

Le premier de ces deux éléments mérite d'être précisé. Si, en effet, on l'interprétait dans le sens large, les infirmiers et même les servantes et domestiques d'un hôpital, qui participent incontestablement au service hospitalier ne seraient-ils pas des

(9) Voir Hauriou, 11e édition, page 589.

fonctionnaires ? Il faut interpréter restrictivement la notion de participation au service public et ne comprendre par là que la collaboration intellectuelle à l'exercice de la puissance publique et non pas le travail matériel et manuel exécuté par certains auxiliaires qui ne peuvent exercer aucune initiative.

Avouons qu'ainsi précisée par la distinction entre le travail intellectuel et le travail manuel, la notion de participation au service public reste encore trop vague pour permettre une différenciation exacte entre le personnel fonctionnaire et le personnel non-fonctionnaire à l'hôpital. En fait, bien des employés de bureau exécutent presqu'exclusivement des actes matériels et ne développent aucune initiative propre. D'autre part, les infirmières et les médecins-chefs ont souvent un rôle administratif à remplir. Sont-ils de ce fait assimilables aux fonctionnaires ? Un médecin des hôpitaux est-il un fonctionnaire ?

La définition du fonctionnaire telle qu'elle résulte de la doctrine est nettement insuffisante pour permettre d'aborder avec fruit la question de la responsabilité. Elle ne permet pas de faire la part exacte des situations contractuelles et des situations statutaires.

En effet, tout agent non fonctionnaire n'est pas un employé assimilable au préposé du droit privé et le défaut de la qualité de fonctionnaire ne permet pas de conclure à la situation contractuelle de droit privé. Les agents qui ne remplissent pas la double condition d'existence de la qualité de fonctionnaire, par exemple ceux qui n'occupent pas des postes permanents, ne peuvent pas s'en prévaloir pour opposer à l'administration des droits de nature contractuelle. Ce serait, d'ailleurs, dans une certaine mesure, les avantager par rapport aux fonctionnaires eux-mêmes.

Leur situation dépendra donc des règlements administratifs exactement comme celle des fonctionnaires. Mais alors, quel intérêt avons-nous au point de vue de la responsabilité à distinguer les deux groupes ? Aucun, en effet. La commission administrative arrête le statut des fonctionnaires de l'administration hospitalière et elle peut le modifier avec l'approbation préfectorale. Il n'en va pas autrement pour les autres agents, réserve faite de certaines personnes que nous déterminerons.

La distinction ne tirerait à conséquence au point de vue de la responsabilité qu'au cas où les fonctionnaires hospitaliers posséderaient un statut édicté par le législateur, statut qui leur assurerait naturellement des garanties autrement solides qu'une simple décision de la commission administrative.

Or, la seule question relative au statut du personnel réglée par la loi et applicable au personnel hospitalier vise indistinctement les fonctionnaires et les autres agents de l'administration. C'est la prescription édictée par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (10).

La jurisprudence a fait de très nombreuses applications de cette prescription en faveur de l'ensemble du personnel hospitalier.

Aussi ne maintiendrons-nous pas dans nos explications ultérieures la distinction entre fonctionnaires et non-fonctionnaires. Par contre, — distinction autrement importante au point de vue de la responsabilité — il faudra déterminer avec soin les cas exceptionnels dans lesquels l'agent entre avec l'administration dans des rapports contractuels.

II. — *Distinction des relations statutaires et contractuelles*

En abordant cette question, nous n'entendons pas entrer dans la grande discussion doctrinale relative à la situation contractuelle ou statutaire de l'agent de l'administration en général.

Les théories contractuelles et statutaires continuent à se contredire. La transaction qui était proposée sur la base de la distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité n'a pu être réalisée. Nous n'avons pas à revenir, dans le cadre de cette étude, à cette discussion complexe et quelque peu stérile. Nous nous en tiendrons, au contraire, pour rester dans la ligne du problème de la responsabilité, aux solu-

(10 « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et de tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté. »

tions admises par la jurisprudence administrative, solutions que, d'ailleurs, les deux thèses en présence croient pouvoir invoquer en leur faveur.

Sans avoir ouvertement pris parti dans la discussion théorique, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits ont maintes fois consacré la théorie statutaire. Il faut, en effet, reconnaître aujourd'hui que la prérogative de puissance publique telle qu'elle est exercée par l'administration française est difficilement conciliable avec un principe qui aboutirait à lier l'administration envers son personnel au moyen d'obligations contractuelles et qui, suivant l'expression de M. Rolland, « risquerait de subordonner l'intérêt général à l'intérêt particulier » des fonctionnaires (11).

Cependant il est incontestable qu'au moment de son engagement le futur agent n'apparaît pas nécessairement comme un réquisitionné. Il n'est pas obligé d'entrer dans l'administration. Il demande à y entrer. Mais cet acte de volition ne constitue pas l'acceptation d'une offre de contrat. C'est un acte de soumission aux règlements, dont la nature juridique ressemble à celle de la demande d'admission de l'usager.

Ce ne sont pas des relations entre commettants et préposés, telles que les prévoit l'article 1384 du Code Civil, qui se forment entre la personne morale administrative et son agent. En effet, comment un être moral choisirait-il ses organes ! Hauriou fait remarquer que ce sont les agents eux-mêmes qui choisissent d'autres agents. En matière hospitalière, c'est le Préfet, représentant de l'administration centrale, qui nomme la majorité des membres de l'organe de l'administration hospitalière, la commission administrative, les autres étant désignés par le conseil municipal. La commission, à son tour, nomme le personnel de l'établissement.

Quels sont les droits respectifs de l'administration et du personnel dans les situations statutaires ? Sans entrer dans le détail, nous les résumons dans les deux propositions suivantes :

1° L'administration qui a arrêté le statut peut, à tout mo-

(11) Voir Rolland, *op. cit.*, p. 61.

ment, avec les approbations de tutelle nécessaires, le modifier pour l'avenir (12).

Le statut, c'est-à-dire le règlement du personnel, ne constitue pas un contrat passé avec le groupe d'agents intéressé. C'est un acte unilatéral issu de l'initiative de la commission administrative.

Que devient, dans ces conditions, la notion souvent abusivement invoquée des droits acquis ? Elle se réduit à peu de chose. N'est acquis que ce qui est passé : le salaire afférent à une durée de travail effectivement accomplie, les droits expressément et régulièrement concédés pour une certaine durée ou à vie, etc...

2° L'agent peut déférer au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir toutes les décisions prises en violation du statut existant.

L'administration est obligée à respecter rigoureusement les règlements existants. Elle ne peut, sans tomber dans l'excès de pouvoir, se dispenser de les appliquer exactement.

Elle est, enfin, astreinte à une certaine moralité qui l'oblige, sous le contrôle du Conseil d'Etat, à respecter l'égalité des agents. Le principe de l'égalité des agents est aussi essentiel que le principe de l'égalité des administrés.

Prenant acte de cette analogie, Hauriou est allé jusqu'à dire qu'au point de vue de ses rapports avec l'administration, l'agent est simplement un « citoyen spécial ». Le parallélisme, pour lui, est complet.

Dans quels cas l'administration s'incorpore-t-elle du personnel par la voie du contrat ?

Ce personnel appartient presqu'exclusivement à la catégorie des ouvriers et des servants (13). Il arrive, cependant, que l'administration s'incorpore par la voie du contrat privé et en dehors du jeu normal des cadres et de la hiérarchie des emplois des personnes à formation spéciale, technique, juridique, etc...

(12) Voir en ce sens : C.E. 11 juin 1909, R. 576 ; 27 juin 1913, R. 764 ; 12 janvier 1912, R. 25 ; 25 juillet 1913, R. 922 ; 14 mai 1915, R. 147 ; 6 août 1915, R. 280 ; 10 décembre 1915, R. 345 ; 2 août 1916, R. 342 ; 28 octobre 1921, R. 892.

(13) Mais il serait faux d'admettre que les servants et auxiliaires sont toujours des co-contractants de droit commun. Leur situation est le plus souvent réglementaire. Voir notamment C.E. 27-2-1935, R.E.B. 1936, p. 74.

Il y a là deux types bien différents de préposés de l'administration. Mais juridiquement, il n'y a pas entre eux de différence de nature. Tous deux, ils se trouvent dans une situation contractuelle de droit privé.

Les raisons qui engagent l'aministration à s'attacher par la voie du contrat privé des auxiliaires méritent d'être signalées. Certains d'entre eux — c'est le cas, notamment, des techniciens spécialistes — ne rentrent logiquement dans aucune des catégories statutaires de personnel existant dans l'administration considérée. D'autres ne sont pas destinés à suivre une carrière statutaire. D'autres — notamment les apprentis — sont soumis à une législation spéciale impérative qui s'impose à l'administration.

Citons enfin, pour mémoire, une troisième catégorie de préposés de droit privé : le personnel des services publics industriels. Nous avons relevé que les établissements hospitaliers ne sont pas des services publics industriels.

Quant aux droits résultant, pour le personnel, du contrat de droit privé qu'il a pu conclure, remarquons qu'ils constituent de véritables droits de créance.

Il en va différemment, nous l'avons vu, en matière statutaire.

Concluons en soulignant que la situation statutaire est la règle et la situation contractuelle l'exception. Il importe d'en déduire qu'en cas de doute il faut sans hésitation se prononcer pour la situation non contractuelle.

§ 2. — La situation juridique des diverses catégories du personnel

Reprenons l'énumération que nous avons faite dans la première section de ce chapitre.

I. — *Membres de la commission administrative*

Suivant MM. Derouin et Gory, « un décret du 14 juillet 1812 avait décidé que les membres des commissions administratives étaient considérés comme fonctionnaires publics ».

Ils ont depuis longtemps perdu cette qualité. La durée limitée et le caractère accessoire et gratuit de leurs fonctions s'opposeraient dans la conception actuelle de les considérer comme des fonctionnaires publics.

Une jurisprudence déjà ancienne a statué, d'autre part, qu'ils ne sont pas à considérer, non plus, comme dépositaires ou agents de l'autorité publique ou comme citoyens chargés d'un mandat ou d'un service public dans le sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881. Les actions en diffamation qu'ils intentent sont donc de la compétence du Tribunal Correctionnel et non de la Cour d'Assises (14). Une exception a cependant été faite pour le Maire, sa qualité de président de la commission administrative étant indissolublement liée à sa fonction de maire (15).

Mais il est permis de se demander dans l'état actuel du droit administratif si cette jurisprudence est encore satisfaisante. Les anciens arrêts étaient motivés, en effet, par une formule qui ne paraît plus pouvoir être maintenue aujourd'hui ; l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 mai 1898 contenait ce passage caractéristique des conceptions administratives de l'époque :

« attendu que.... les précautions prises par la loi ne chan-
« gent pas la nature des fonctions attribuées aux membres des
« commissions administratives qui... ne sont chargés en réalité
« que de gérer les intérêts privés d'un établissement municipal ».

Les arrêts cités procédaient de cette conception, réformée depuis lors, que les administrations locales agissent suivant les principes du droit privé et n'exercent pas de prérogatives de puissance publique, réminiscence de la distinction abandonnée des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité.

Nous estimons, au contraire, en renvoyant aux explications que nous avons fournies en traitant de la personnalité, que l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 devrait être appliqué en faveur des membres des commissions administratives, de même qu'il s'applique, par exemple, au maire.

Il va sans dire que les membres des commissions administratives, tout en n'étant pas fonctionnaires, ne sont pas liés non

(14) Cass. 20 juillet 1893, R.E.B. 1893, p. 300 ; Cass. 10 novembre 1892, R.E.B. 1892, p. 370, Cass. crim. 21 mai 1898, R.E.B. 1898, p. 268.
(15) Derouin et Gory, p. 404.

plus à la personne morale par des relations contractuelles, puisqu'ils lui sont imposés. Les rapports juridiques entre l'administrateur pris individuellement et la personne morale n'ont pas été définis par le législateur.

II. — *Personnel participant à la gestion administrative et économique*

1) *Personnel administratif*

A défaut de statut légal, il appartient à la commission administrative en vertu de l'article 8 de la loi du 7 août 1851 d'arrêter les règlements du personnel de l'établissement. En fait, la plupart des grands établissements hospitaliers possèdent un statut assurant à leur personnel administratif certaines garanties de stabilité et une certaine rémunération. Ces règlements, dont les prescriptions varient, d'ailleurs, à l'infini, d'établissement à établissement, peuvent être modifiés par les commissions administratives sans que les intéressés puissent s'y opposer. réserve faite, d'ailleurs, de leurs droits acquis.

Les dispositions se rapportent surtout à l'engagement et à l'avancement des employés, à la procédure disciplinaire, au droit au traitement et à la retraite. Elles précisent également les obligations de l'employé.

Par une circulaire du 25 janvier 1934, le Ministre de la Santé Publique, sollicité par les Unions et Fédérations hospitalières, a porté à la connaissance des administrations hospitalières un statut-modèle élaboré en 1929 par le Conseil Supérieur de l'Assistance Publique, en en recommandant l'adoption. Ce statut-modèle a été sciemment rédigé en termes généraux, sans trop de détails, pour qu'il puisse convenir à tous les établissements très différents par leur importance. Un nouveau statut-type a été porté à la connaissance des commissions administratives par une circulaire du Ministre de la Santé Publique en février 1937, statut élaboré par une commission paritaire qui a siégé au ministère. Il ne constitue qu'un fil conducteur appelé à guider les commissions administratives.

Remarquons, en dernière analyse, que l'employé de l'éta-

blissement hospitalier qui n'a pas édicté de statut garantissant une certaine stabilité, tout en étant en principe un fonctionnaire, n'a pas, en fait, une situation plus sûre qu'un employé privé. Si le règlement de l'établissement reste muet quant à la pension de retraite éventuelle, il faut conclure de ce silence que l'employé n'a pas droit à la pension, sauf application de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes. Le seul avantage personnel sérieux qu'à défaut de statut il retire de sa qualité d'agent d'une administration publique consiste alors dans la garantie résultant de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication du dossier, que nous avons rapporté et — pour ceux qui voient là un avantage pour l'employé — dans la compétence administrative, compétence se répercutant, nous l'avons fait ressortir, au point de vue du choix et de l'ordre des juridictions et des règles du fond du droit, notamment en matière de responsabilité.

L'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 ne s'applique pas plus au personnel qu'aux membres de la commission administrative.

Parmi le personnel administratif se trouvent assez rarement des personnes engagées par contrat. Pratiquement, l'administration engagera des employés par la voie du contrat au cas où les personnes qu'elle voudrait s'attacher ne peuvent être engagées sur la base du statut, et où leur engagement ne doit avoir lieu que pour une certaine durée. C'est le cas notamment de certains employés ayant une formation technique spéciale (architectes, ministres des cultes, etc...) ou n'exerçant leur activité à l'hôpital qu'à titre accessoire (par exemple les instituteurs, maîtres de chant, etc... dans les orphelinats). Ces personnes non engagées par voie de nomination administrative ne bénéficient pas de la disposition de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Il y a intérêt, d'ailleurs, à réduire au minimum ces situations exceptionnelles.

2) *Personnel ouvrier et servant*

Le caractère contractuel que nous avons refusé aux employés convient-il au personnel ouvrier et servant ?

Ce qui est particulier à ce personnel, c'est qu'il se borne à

accomplir des actes matériels et manuels et ne peut pas acquérir la qualité de fonctionnaire.

Notons cependant que souvent le personnel ouvrier acquiert envers l'administration des droits comparables à ceux des employés de bureaux, des droits garantis par des règlements statutaires.

En effet, que l'on prenne en considération l'ouvrier ou l'employé de bureau, toujours on est en présence d'un agent de l'administration qui ne peut se prévaloir envers elle de droits contractuels, mais qui a une situation essentiellement statutaire.

En aucun cas, l'administration n'est tenue de traiter avec ce personnel sur une base contractuelle.

Tout récemment un statut-type a été élaboré par le gouvernement en vue de faciliter aux commissions administratives l'exercice du pouvoir réglementaire en cette matière (16).

Toute autre est la question de savoir si elle peut traiter sur la base d'un contrat. Nous n'hésitons pas à répondre par l'affirmative dans les cas exceptionnels où la puissance publique n'est pas en jeu et où les conséquences de l'engagement contractuel sont, surtout au point de vue pécuniaire, conciliables avec une bonne administration. Ces conditions sont notamment remplies au cas d'engagement d'auxiliaires pour une durée restreinte ou avec possibilité de dénonciation immédiate.

Mais il nous semble que l'administration n'a pas souvent intérêt à choisir la forme du contrat privé dans ses relations avec le personnel servant et ouvrier. En principe, elle a un pouvoir disciplinaire bien plus énergique envers les agents dont elle peut librement réglementer la condition.

Citons comme exemples typiques de contrat privé : l'engagement à temps d'une personne à formation spéciale ne remplissant les conditions d'aucune des catégories d'agents prévues par le règlement, l'engagement d'apprentis mineurs pour les

(16) Voir circulaire du Ministre de la Santé publique du 9 juillet 1936 (Statut-type du personnel secondaire des établissements publics hospitaliers, qui règle le recrutement, la nomination, l'avancement, les conditions de travail, la discipline et les congés, et qui rappelle les devoirs du personnel, la règle du secret professionnel, etc...).

ateliers. Ces personnes ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905.

Le Conseil d'Etat a souvent précisé que l'ouvrier lié à l'administration par un contrat de travail n'est pas un fonctionnaire et que sa situation ne diffère point de celle d'un ouvrier d'entreprise privée (17).

3) *Ministres des cultes*

1° Si la commission administrative assure le service de l'aumônerie par entente avec les paroisses avoisinantes, l'aumônier ne peut être considéré comme un agent administratif. Il n'est pas non plus lié à l'administration par un contrat de louage de services. Il exerce son activité d'une manière indépendante, en vertu d'un mandat de la commission administrative. Si cette dernière met à sa disposition des locaux à l'hôpital, il y a parfois location (location gratuite), mais plus généralement une simple détention précaire accessoire au mandat.

2° Si, par contre, la commission administrative, profitant de la faculté que lui donne l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, fait nommer des aumôniers par le Préfet, ces ministres du culte « font partie de la catégorie générale du personnel nommé et révoqué par la commission administrative » (18).

III. — *Personnel médical, hospitalier et scientifique*

1) *Médecins et chirurgiens des hôpitaux.*

De même que les agents administratifs, le médecins et chirurgiens nommés par la commission administrative ne sont pas liés à l'administration par des rapports de droit privé. Ils sont soumis à des règlements et n'ont aucun droit au maintien de

(17) Voir notamment C.E. 30 octobre 1930, G.P. 1935, sommaires page 41.
(18) Voir circulaire du Ministère de l'Intérieur du 2 août 1906 (Bulletin Officiel du Ministère de l'Intérieur, 1906, page 533) et circulaire du Ministère du Travail, de l'Hygiène, etc... du 31 mars 1926, règlement-modèle, sous l'article 6, commentaire.

la réglementation telle qu'elle existait au moment de leur engagement, sous réserve des droits acquis (19).

Le médecin spécialement chargé du service médical de l'établissement qu'il remplit avec une certaine indépendance, est chargé également de fonctions administratives. Dans la plupart des cas, il est dans sa section médicale le véritable chef de service, c'est-à-dire qu'il dirige le personnel, qu'il organise le service médical. Organiser n'est-ce pas administrer ! Souvent donc, le médecin hospitalier participe au service public, même dans le sens étroit. Il est, d'autre part, nommé dans un emploi permanent de l'administration. Tout cela parle en faveur de la thèse que le médecin est un fonctionnaire. Mais nous savons qu'en l'absence d'un statut légal, il n'y a pas de conséquences importantes à en tirer.

La jurisprudence reconnaît sans hésitation au médecin des hôpitaux, même à celui qui n'a pas été expressément nommé par la commission administrative, mais qui en fait exerce régulièrement les fonctions de médecin à l'hôpital la garantie établie par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, instituant la communication du dossier obligatoire (20). Le cercle des bénéficiaires de ce texte dépasse d'ailleurs notablement le cercle des fonctionnaires au sens étroit du terme.

Les tribunaux ne reconnaissent pas au médecin des hôpitaux la qualité de citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public dans les termes de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881. Il n'y a là rien d'étonnant, puisqu'ils refusent même cette qualité aux membres de la commission administrative (sauf au maire), ainsi qu'au directeur d'hôpital (21) et aux employés.

Tout en essayant de définir les relations qui s'établissent entre le médecin et l'établissement public hospitalier, nous avons rappelé que le technicien qu'est le médecin n'est pas pour tous ses actes placé sous le contrôle de la commission administrative. Il exerce avec indépendance l'activité médicale proprement dite. Il importe de préciser l'étendue et les limites de cette indépendance.

(19) Voir Conseil de Préfecture de Versailles, 14-11-1936, Rev. Hosp. de France 1937, p. 190.
(20) C.E. 2 janvier 1935 — R.E.B. 1935, page 526.
(21) Cass. crim. 26 mars 1897, R.E.B. 1897, p. 132.

La jurisprudence judiciaire a trouvé à cet égard une solution simple, et, par conséquent, séduisante à l'occasion d'actions en responsabilité intentées contre les commissions administratives. Elle établit le principe de l'indépendance médicale envers l'administration, mais elle restreint strictement cette indépendance à l'acte médical proprement dit. La commission administrative n'a, en effet, aucune qualité pour contrôler l'acte médical. Par contre, la subordination hiérarchique reste entière pour tous les autres actes que doit accomplir un médecin, pour son assiduité au service, pour sa présence, etc...

Citons à ce sujet la formule très nette qu'emploie la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 18 mars 1903 (22) :

Il s'agissait, en l'occurrence, d'un dommage résultant du défaut d'examen médical. La Cour a admis qu'il y a là une négligence qu'une commission administrative vigilante aurait pu éviter. Elle estime donc que le médecin n'est pas indépendant à tel point qu'il puisse à son gré agir ou ne pas agir. Attaché à l'administration hospitalière, il est responsable envers elle de l'exécution consciencieuse de ses fonctions et la commission administrative et ses agents doivent être vigilants et user de leur autorité, afin qu'il assure régulièrement son service.

Nous renvoyons à la critique que nous avons faite de la distinction établie par la jurisprudence ordinaire. Retenons qu'en fait le médecin exerce la partie technique de sa profession sans que la commission administrative ait autorité sur lui dans ce domaine.

2) *Médecins non nommés par les commissions administratives.*

Il s'agit du personnel médical nommé par la Faculté de Médecine dans les hôpitaux dits universitaires : professeurs, agrégés et chefs de clinique.

Pour ces médecins, les fonctions hospitalières ne constituent que l'accessoire des fonctions universitaires.

(22) R.E.B. 1903, p. 229 ; D.P. 1904-2-134, S. 1906-2-17, note :
« Attendu que... les faits dommageables... ne sont pas des manquements « à l'exercice technique de la médecine, que la commission n'aurait pu com- « plètement empêcher, ni même critiquer, mais des négligences, auxquelles, « ....., une surveillance plus vigilante n'aurait pas permis de se produire..... »
Voir dans le même sens Bordeaux 6-2-1900 — R.E.B. 1901, page 16.

Ils entrent à l'hôpital sans que l'administration puisse les en empêcher. La loi l'oblige, en effet, à mettre un nombre de lits déterminé à la disposition de la Faculté de Médecine (23).

Généralement, d'ailleurs, la commission administrative met un nombre de lits bien plus important à la disposition de la Faculté.

Les commissions administratives peuvent également traiter avec des personnes et des organisations privées en vue de leur accès à l'hôpital. Citons les membres et étudiants des facultés libres, les élèves des écoles privées d'infirmières et les particuliers, médecins ou autres.

L'accès ainsi ouvert aux personnes désirant se perfectionner dans leur formation professionnelle est à tous points recommandable et on ne saurait à cet égard faire de reproche à la commission administrative, si, du moins, le nombre de personnes admises n'a rien d'excessif et si toutes ces personnes sont suffisamment surveillées et dirigées. Telle est la conséquence qui résulte de la liberté de l'enseignement supérieur, instituée par la loi du 12 juillet 1875.

Le personnel enseignant et médical de la Faculté de Médecine entre d'une façon ou de l'autre directement en contact avec les malades. Le professeur, l'agrégé, le chef de clinique étudie les cas intéressants, fait des diagnostics, prescrit des soins et les exécute ou les fait exécuter.

La commission administrative n'intervient pas dans sa nomination et ne paie pas son traitement ; il est donc difficile de l'assimiler complètement au personnel médical des hôpitaux.

Cependant, puisqu'il agit au sein de l'administration hospitalière, la commission administrative — réserve faite de l'exécution technique de l'acte médical — ne doit-elle pas exercer et n'exerce-t-elle pas, en fait, une certaine autorité sur lui ? Logiquement, le défaut de rétribution et de nomination par la commission administrative ne fait pas obstacle à l'exercice de l'autorité hiérarchique pour ce qui concerne le service hospitalier.

(23) Voir Ordonnance du 13-10-1840, art. 9 :

« L'administration des Hospices de chaque ville où une école préparatoire sera établie, fournira, pour le service de la clinique médicale et chirurgicale de la dite école, une salle de cinquante lits au moins. »

En somme, la différence essentielle entre le médecin des hôpitaux et le professeur clinicien réside dans le fait que la commission administrative ne peut exercer aucun choix quant à celui-ci et qu'elle ne lui paie aucun traitement. L'un est un agent choisi, l'autre un agent imposé, différence qui par essence n'a guère de répercussion sur le terrain de la responsabilité administrative.

Le professeur clinicien est, d'ailleurs, soumis en ce qui concerne le service hospitalier au règlement intérieur édicté par la commission administrative.

Dans cet ordre d'idées, la formule contenue dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 février 1900 (24) nous paraît peu heureuse et assez dangereuse. En effet, faisant abstraction de cette confusion courante à cette époque entre l'agent de l'administration et le préposé du droit privé, que commet la Cour, relevons qu'elle proclame l'irresponsabilité de l'hôpital, motif pris du fait que le professeur n'est ni nommé ni rétribué par l'administration hospitalière. Ni la nomination par l'Université, ni le défaut de rétribution de la part de l'hôpital ne changent rien au fait que le professeur clinicien travaille dans le service des malades de l'hôpital et à son profit. Le rendra-t-on personnellement responsable de tous les dommages qui pourront survenir de son activité ou l'Etat devra-t-il assumer la responsabilité intégrale pour les dommages causés par ce fonctionnaire de l'Université ? Cela ne serait pas défendable.

3) *Externes et internes des hôpitaux.*

Les internes et externes sont des élèves de la Faculté de Médecine nommés par la commission administrative à la suite d'un concours parfois organisé par la Faculté elle-même. L'interne doit loger dans l'établissement, l'externe n'y reste que le jour.

Tant que l'interne n'a pas été reçu docteur, il n'a pas le droit d'exercer la médecine. Il n'est que l'auxiliaire du médecin de l'hôpital, qui le surveille et qui le dirige. Il travaille sous la responsabilité du médecin.

(24) D.P. 1900-2-470.

A la différence du médecin des hôpitaux et du professeur clinicien, il n'est donc pas un personnage indépendant au point de vue médical.

Toutefois, dans certains cas, l'interne, auxiliaire précieux du médecin, peut exceptionnellement exercer la médecine. Ces cas sont énumérés par la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine (25).

Il paraît logique de lui reconnaître dans ces cas une indépendance analogue à celle du médecin lui-même (26).

L'interne ne bénéficie pas de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, relative à la communication du dossier, le Conseil d'Etat ne le considérant pas comme un employé, mais comme un simple étudiant admis à compléter ses études dans des conditions particulièrement favorables (27).

Il ne faudrait pas en conclure que la situation de l'interne et de l'externe ne soient pas réglementaires, statutaires. Leur situation matérielle, de même que leurs conditions de service sont régies par les dispositions du règlement intérieur de l'établissement. C'est, d'ailleurs, ce qui explique l'extrême variété et le défaut d'uniformité dans la situation des internes des hôpitaux français.

4) *Pharmaciens, Personnel de laboratoire.*

La situation des pharmaciens hospitaliers à l'égard de l'établissement est analogue à celle des médecins hospitaliers. Nous nous contentons d'un renvoi. Remarquons toutefois qu'ils sont généralement de véritables comptables chargés de la comptabilité en matière de pharmacie, fonction qui ne trouve pas son pendant pour les médecins.

L'autorité de la commission administrative rencontre-t-elle,

(25) Art. 6 : « Les internes des hôpitaux et hospices français, nommés au concours et munis de 12 inscriptions, peuvent être autorisés à exercer la médecine pendant une épidémie ou à titre de remplaçants de docteurs en médecine ou d'officiers de santé.

« Cette autorisation délivrée par le Préfet du département, est limitée à trois mois ; elle est renouvelable dans les mêmes conditions ».

(26) Voir circulaire du Ministère de l'Intérieur du 12 mars 1914, R.E.B. 1914, page 208.

(27) Cf. C.E. 8 avril 1911. D.P. 1913-3-74 et réponse du Ministère de la Santé Publique au *J.O.* du 11 février 1931, R.E.B. 1931, p. 234.

comme pour les médecins, une limite infranchissable dans le caractère scientifique de sa profession ? En fait, le pharmacien exécute avec une certaine indépendance les recettes des médecins. Mais son activité peut bien plus facilement être contrôlée que celle du médecin. Les erreurs se vérifient, en effet, matériellement dans le médicament même. Le pharmacien n'a pas d'initiative grave à prendre. Les fautes qu'il commet peuvent toutes être attribuées à la négligence ou à l'inattention. Il n'y a donc pas impossibilité absolue pour la commission administrative de surveiller efficacement ses pharmaciens.

On a souvent discuté si le pharmacien hospitalier a le droit de vendre des médicaments à des personnes du dehors. La question ainsi posée nous paraît devoir être réglée avec pleine liberté par le règlement de l'établissement. Il est une question bien plus intéressante : la pharmacie hospitalière, c'est-à-dire l'établissement hospitalier lui-même peut-il vendre des médicaments au dehors ? Nous rencontrerons cette question en parlant de la responsabilité envers les tiers. Réservons-là pour le moment.

Quant au personnel scientifique des laboratoires hospitaliers, il n'y a pas grand'chose à ajouter à ce que nous venons de dire au sujet des pharmaciens. Précisons cependant qu'en fait, le caractère scientifique de ses travaux lui vaut une indépendance analogue à celle des médecins. Cependant, quant aux conséquences que cette constatation est susceptible d'entraîner au point de vue du partage de la responsabilité entre le chef de laboratoire et la commission administrative, nous estimons qu'elles sont négligeables comme pour le pharmacien. Nous renvoyons aux explications que nous venons de donner.

5) *Personnel hospitalier.*

1° *Infirmières, infirmiers et sages-femmes.* — Ces auxiliaires du médecin voient leur situation réglée par le règlement intérieur de l'établissement. La législation actuelle ne prévoit aucune condition de formation professionnelle impérative. Mais il y a lieu de s'attendre à voir bientôt sortir une disposition législative exigeant de la part des infirmières hospitalières la possession de diplômes professionnels.

Il n'y a pas à insister sur la situation particulière des infirmières quant à leurs rapports avec l'établissement. Elle est naturellement de nature réglementaire. La commission administrative les nomme et les révoque sans approbation préfectorale.

Notons, toutefois, en ce qui concerne les sages-femmes, que le Conseil d'Etat, tirant argument du fait que cette profession est réglementée par la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, a décidé que les sages-femmes bénéficient de la disposition de l'article 14 de la loi du 7 août 1851 et ne peuvent donc être révoquées qu'avec l'approbation du Préfet (28).

Ce personnel bénéficie d'ailleurs des garanties instituées par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (29).

Etant donné l'intérêt primordial qu'ont les administrations hospitalières d'avoir un personnel hospitalier stable, les Unions Hospitalières de France ont mis à l'étude un projet de statut-modèle destiné à donner des garanties de stabilité à ce personnel (30). Une circulaire du ministre de la Santé publique, en date du 9 juillet 1936 est venue recommander aux commissions administratives l'adoption d'un statut-type répondant à ce but.

2° *Personnel congréganiste.* — La situation des religieuses employées dans les établissements hospitaliers est réglée par des traités passés entre les commissions administratives et les congrégations suivant l'article 8 de la loi du 7 août 1851.

Le traité constitue un contrat de droit privé dont l'interprétation appartient en cas de litige aux tribunaux ordinaires. Il y a lieu d'en conclure que les sœurs de charité ne sont pas liées à l'administration hospitalière par des rapports exclusivement réglementaires, mais qu'elles ont envers elle de véritables droits et obligations de nature contractuelle.

Il importe de remarquer, cependant, que cette situation contractuelle ne concerne que les rapports personnels des religieu-

(28) C.E. 15 décembre 1922, R.E.B. 1923, p. 154.
(29) C.E. 10 février 1926, R.H. 1928, p. 163.
(30) Voir Congrès de Nevers de l'Union Hospitalière du Centre, R.H. 1926, p. 217 ; Congrès de Tours de l'Union Hospitalière du Nord-Ouest, R.H. 1926, p. 246 ; Congrès de Compiègne de l'Union Hospitalière du Nord-Est, R.H. 1927, p. 43. Voir également R.H. 1929, p. 229.

ses ou plutôt de la congrégation avec l'administration, elle n'atteint pas les règles concernant le service intérieur de l'établissement que le traité pourra contenir, questions que la commission administrative, en vertu du même article de la loi de 1851, règle avec l'approbation de l'autorité de tutelle. Elle ne saurait céder en tout ou en partie les prérogatives de puissance publique qu'elle tient de la loi.

Notons comme conséquence de la situation contractuelle des sœurs de charité l'inapplication, en ce qui les concerne, des dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 sur la communication du dossier.

3° *Stagiaires, étudiants, etc.* — On peut s'étonner de trouver cette catégorie de personnes dans ce chapitre traitant du personnel. Mais cette masse fluctuante de stagiaires, d'étudiants, d'élèves-infirmières, etc., constitue, précisément au point de vue de la responsabilité, un élément trop important de la population hospitalière pour que nous puissions la passer sous silence. Le caractère imprécis de leurs rapports avec l'administration nous oblige à entourer ces personnes d'une attention toute particulière.

Elles se caractérisent toutes par ce fait qu'elles ne s'occupent pas pour assurer le service hospitalier, mais pour apprendre à le connaître. L'hôpital ne paraît donc avoir aucun intérêt immédiat à tolérer dans ses services un nombre important de stagiaires, si ce n'est en vue de former son futur personnel. Cependant, pour apprendre à donner des soins, ces personnes sont obligées à s'entraîner, c'est-à-dire à donner des soins aux malades.

L'étudiant ne peut se contenter de regarder faire les médecins. Il devra s'initier à la pratique des soins, aux procédés de diagnostic ; il devra examiner et soigner des malades. L'infirmière, dont l'activité future consistera précisément à exécuter des prescriptions médicales, c'est-à-dire à appliquer un pansement, à donner un médicament, à faire une piqûre, ne pourra acquérir la formation requise qu'en mettant immédiatement en pratique les renseignements théoriques qu'elle obtient dans la salle de cours ; elle devra soigner des malades dès son stage d'élève-infirmière.

Cette collaboration occasionnelle au service n'est pas toujours sous-estimée par l'administration, puisqu'elle lui apporte parfois, surtout en période d'affluence et de vacances, un appoint de capacité de travail susceptible d'écarter la nécessité d'engager du personnel en surnombre..

En vue du problème de la responsabilité de l'établissement hospitalier envers les stagiaires, il est indispensable de connaître exactement les rapports se formant entre l'administration et les stagiaires. Dans cet ordre d'idées, il faut distinguer deux situations différentes :

1° Si l'administration agrée le stage et si le stagiaire participe au service sous la surveillance du médecin, il fait bel et bien partie du personnel dans les mêmes conditions, par exemple, que l'infirmière, et même que l'interne s'il s'agit d'un étudiant. La seule différence importante c'est que, travaillant par intermittence et à titre passager, il n'est pas payé.

2° Si le stagiaire est admis sans être appelé à participer au service, la commission administrative le considère comme un tiers.

L'entrée en stage ne constitue pas un acte contractuel, mais une décision unilatérale prise par l'administration, pouvant être modifiée ultérieurement, si l'intérêt du service l'exige. Cependant, abstraction faite du personnel de l'Université, il n'est pas rare de voir les commissions administratives traiter avec des organisations et écoles d'infirmières pour l'admission de stagiaires.

CHAPITRE XIII

LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ ENVERS LE PERSONNEL

SECTION I

Les diverses catégories de responsabilité

§ 1. — Les caractères spéciaux de la responsabilité pour le risque social

Il y a deux domaines de responsabilité nettement distincts.

L'agent, qui au nom de l'administration exécute le service public, doit être assuré contre les risques que comporte pour lui-même son activité. Ce risque est couvert en vertu de la législation sociale, complétée parfois par les statuts et règlements particuliers de l'établissement considéré.

Mais il n'y a là qu'une partie limitée des obligations incombant à l'administration envers ses agents. La situation juridique du personnel de l'administration, l'engagement, l'avancement, le régime disciplinaire, la retraite, etc., sont réglés par des statuts et règlements dont l'inexécution et l'interprétation défectueuse peuvent entraîner de sérieux dommages pour les agents et, par conséquent, une responsabilité très lourde pour l'administration.

Ces deux catégories de responsabilité de l'administration envers le personnel n'ont de commun que le nom. Il y a entre les deux des différences fondamentales :

1° Tandis que la première suppose simplement un dommage subi dans l'exercice des fonctions, la seconde suppose en outre une faute de l'administration. C'est dire qu'à la base de la

première, nous trouvons une idée de risque, tandis que la seconde est basée sur la faute.

2° La première est organisée par la loi et existe indépendamment de l'activité réglementaire de la Commission administrative. La seconde est étroitement conditionnée à la fois par le contenu de la réglementation édictée et par un ensemble de principes résultant, en dehors de toute décision, des principes généraux du droit.

3° La première est limitativement déterminée par la loi, qui restreint même le montant de l'indemnité, la seconde n'est pas susceptible d'une limitation exacte, puisqu'elle résulte des principes généraux admis en matière de responsabilité pour faute.

§ 2. — La responsabilité en dehors du risque social : distinction du contentieux administratif et du contentieux ordinaire.

Soulignons, dès l'abord, que cette responsabilité pour faute n'est autre que celle dont, dans le titre précédent, nous avons rappelé les principes. Le Conseil d'Etat ne connaît pas deux théories différentes de responsabilité administrative, dont l'une serait appliquée aux usagers et l'autre aux agents.

Dans ce sens on peut dire avec Hauriou que l'agent de l'administration n'est qu'un « citoyen spécial ».

Ainsi, en matière de secret médical, l'administration encourt envers ses agents, à l'occasion des certificats médicaux qu'elle détient, une responsabilité analogue à celle qu'elle encourt en ce domaine envers ses administrés.

Notons, à titre de particularité, que, le plus souvent, il s'agit en l'occurrence de la responsabilité pour application défectueuse des règlements ou de principes généraux très précis, matière se prêtant merveilleusement à l'exercice du recours pour excès de pouvoir, à l'inverse de ce qui se passe en matière de responsabilité envers les administrés, où nous avons relevé l'impossibilité de poser des principes précis.

Soulignons une autre particularité : le Conseil d'Etat s'est montré plus large pour les agents que pour les usagers du ser-

vice ; il a même admis, en leur faveur, une certaine responsabilité en dehors de toute faute, basée sur la notion de risque, en accordant aux agents renvoyés moyennant préavis très court, quoique légal, une indemnité pour brusque congédiement.

Cette responsabilité administrative de l'établissement hospitalier joue envers tous ses agents à l'exception des auxiliaires engagés dans les mêmes conditions que les employés privés.

Il ne faudrait pas se méprendre sur la portée de cette exception. Sans doute, par exemple, la bonne, le garçon de salle d'hôpital et certains ouvriers engagés par la Commission administrative suivant les modes du droit privé agiront-ils devant les juridictions ordinaires pour obtenir une indemnité au cas où ils auront été renvoyés sans délai-congé. Sans doute, encore, n'obtiendront-ils que de ces tribunaux, à l'exclusion des tribunaux administratifs, la condamnation au paiement du salaire qui leur a été refusé pour des raisons non valables.

Mais cette compétence du juge du contrat s'arrête là où s'arrête le contrat lui-même. Admettons qu'au cours d'un incendie à l'hôpital, le garçon de salle subisse la perte de certaines valeurs qu'il conservait dans sa chambre, ou que, par suite de vol, son porte-monnaie disparaisse, ou que, se promenant en ville un dimanche sans aucune obligation de service, il soit renversé par une voiture de l'administration, ou qu'un entrepreneur travaillant à l'hôpital lui cause un dommage matériel. Dans tous ces cas non réglés par le contrat de travail le principe général de la responsabilité de l'administration pour faute rentre dans son droit, c'est-à-dire les tribunaux administratifs seront seuls compétents pour déclarer la responsabilité de l'administration. Nous prétendons même que le contrat d'engagement, s'il prévoyait tous ces cas, ne changerait rien à cette situation, car en matière de gestion publique il n'appartient pas à l'administration de traiter avec les particuliers au sujet des questions de compétence. En cette matière, l'une des prérogatives de puissance publique c'est précisément la juridiction administrative, seule compétente pour apprécier la responsabilité du service public.

La situation des préposés de l'administration diffère donc de celle des préposés des particuliers.

Retenons des explications qui précèdent

1° que la responsabilité de l'administration hospitalière envers ses agents n'obéit pas, en règle générale, à des principes différents de ceux qui régissent ses rapports avec les administrés, mais que le Conseil d'Etat, plus favorable aux agents qu'aux administrés en matière de responsabilité, n'exige pas toujours la preuve d'une faute, mais accepte parfois, comme base de la responsabilité de l'administration, la notion du risque ;

2° que certains agents de l'administration engagés par contrat privé font valoir envers l'administration une véritable responsabilité contractuelle ; mais que cette responsabilité de droit commun est strictement limitée dans son application au domaine du contrat, et que, en dehors de ce domaine contractuel, l'auxiliaire en question apparaît comme un simple tiers à l'égard de l'administration, et ne peut, en conséquence, agir que devant les tribunaux administratifs pour faire déclarer la responsabilité pour faute de l'administration ;

3° qu'en outre, l'administration est assujettie à certaines prescriptions légales de protection de l'agent contre certains risques sociaux (accidents du travail, assurances sociales).

L'étude de ces trois catégories de responsabilité fera l'objet de trois sections :

1° La théorie générale administrative de la faute appliquée au personnel des établissements hospitaliers.

2° La responsabilité contractuelle de la Commission administrative envers certaines catégories du personnel.

3° La responsabilité en matière de législation sociale.

SECTION II

La responsabilité administrative pour faute

§ 1. — Observations préliminaires

Nous venons de constater que la théorie générale de la responsabilité administrative est applicable en faveur du person-

nel non lié avec l'administration par des rapports contractuels de droit privé et en faveur des préposés liés par des contrats de droit commun, subissant un dommage en dehors de l'exécution de la convention. Elle est limitée dans son application par la législation sociale (lois sur les accidents du travail et sur les assurances sociales, etc.).

La meilleure méthode pour étudier, dans les cas pratiques, l'application de la théorie en question consiste à fixer les droits et obligations de l'administration envers l'agent à l'occasion des principaux actes relatifs à sa carrière.

Mais avant de ce faire, nous estimons devoir présenter trois observations d'ordre général :

1° La situation des agents des établissements hospitaliers dépend essentiellement des dispositions contenues dans les règlements édictés par les commissions administratives, dispositions variant d'établissement en établissement, suivant la plus ou moins grande largesse des commissions et suivant l'importance des ressources.

L'autonomie des commissions, il est vrai, n'est pas complète. Le règlement, en effet, est soumis à l'approbation préalable par l'autorité de tutelle. Il doit, en outre, obéir à certaines règles de droit qui s'imposent aux commissions administratives, règles qui nous permettent, sans nous engager dans les mille coins et recoins des dispositions particulières, de déterminer une sorte de ligne de conduite générale, dont l'administration ne pourrait impunément s'écarter.

2° La situation de l'agent étant statutaire, il n'aura aucun droit au maintien du statut, qui, pour l'avenir et réserve faite des droits acquis, pourra à tout moment être modifié par la commission administrative, sans que le fonctionnaire puisse de ce fait obtenir une indemnité.

Il faudra supposer dans tous les cas que nous aurons à discuter que l'agent se borne à demander l'application du statut existant au moment où le dommage lui a été causé, c'est-à-dire, à défendre ses droits acquis.

Bien entendu, les droits de l'agent ne sont pas tous liés à la condition d'être prévus dans le statut. Le propre de la responsabilité pour faute est d'être universelle. Elle n'est pas,

nécessairement, liée à des principes obligatoires *a priori*. La faute s'apprécie souvent dans le fait. On ne peut donc conclure du silence d'un statut à l'inexistence de droits en faveur de l'agent. Ses droits se déterminent alors d'après les principes généraux qui restent toujours valables, en tant que les dispositions statutaires ne les supplantent pas. C'est ce qui paraît résulter d'un arrêt du Conseil d'Etat du 14-3-1934 (1) dans lequel il est précisé :

« Considérant que les réparations auxquelles peuvent être tenues les hospices de X... à raison des infirmités dont sont atteints leurs employés dans l'exercice de leurs fonctions sont fixés, *non par les règles ordinaires de la responsabilité*, mais par les dispositions du règlement de retraites du personnel des hospices de X... »

La requérante prétendait avoir contracté une maladie pendant son service, situation prévue au règlement du personnel de l'établissement. Si le règlement n'avait pas prévu le cas, nous estimons que l'intéressée aurait pu obtenir une indemnité, à condition de rapporter la preuve d'une faute de service. Au demeurant, les droits prévus au statut doivent se régler exclusivement suivant les principes qui y sont énoncés.

3° Le caractère distinctif des situations réglementaires consiste dans le fait que la situation de l'agent est toujours identique à celle de ses collègues et ne peut être modifiée dans le sens d'un avantage personnel accordé en dehors du règlement.

L'égalité des agents devant le statut rappelle l'égalité des usagers du service public hospitalier et elle se justifie par les mêmes raisons. Suivant l'expression de M. Alibert (2), « vis-à-vis du supérieur et de la loi, le fonctionnaire est dans la situation juridique d'un administré ». La Commission ne saurait, ainsi, accorder à un agent de l'administration un avantage particulier, un privilège, sans heurter ce principe qui a toujours été sauvegardé par la jurisprudence du Conseil d'Etat (3).

Il ne faut pas confondre, cependant, ces avantages irréguliers et non motivés par l'intérêt du service avec les situations

(1) R.H. 1934, p. 272 et R.E.B. 1935, p. 137.
(2) Voir Alibert, *op. cit.*, p. 106.
(3) Voir notamment ses arrêts des 4-8-1916, Lebon 363, et 19-11-1924, D.H. 1925, 46.

spéciales, que confère le statut lui-même pour des raisons précises et légitimes aux occupants de certains postes particulièrement importants ou délicats. Les avantages attachés à de pareilles fonctions n'ont rien d'irrégulier, puisqu'en dernière analyse, ils visent à rétablir l'égalité entre les agents.

Sous le bénéfice de ces trois observations, nous allons maintenant déterminer les principes, suivant lesquels l'administration pourra être rendue responsable par ses agents à l'occasion des actes relatifs à leur carrière.

§ 2. — La responsabilité de l'administration a l'occasion d'actes relatifs aux droits statutaires des agents

I. — *Droits des agents à l'encontre du pouvoir réglementaire en matière non statutaire*

Il n'est pas toujours facile de distinguer à première vue parmi les actes de la commission administrative ceux qui ont pour but essentiel et direct une modification des droits statutaires de l'agent et ceux relatifs à l'organisation du service, qui n'entraînent pareilles modifications qu'à titre accessoire et d'une manière indirecte. Cette distinction, cependant, est de la plus haute importance, puisque, suivant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, l'agent n'est pas en droit d'attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes réglementaires, visant l'organisation du service, alors qu'il est évidemment fondé à agir contre les actes tendant à modifier irrégulièrement sa situation statutaire.

Citons, d'abord, quelques exemples.

L'agent ne peut se pourvoir en excès de pouvoir contre une délibération qui, à la suite de la suppression d'un service antérieurement créé par la commission administrative, le congédie, si, d'ailleurs, aucune disposition du statut n'a été violée (4). Il peut demander l'indemnité de brusque congédiement, si le renvoi a été décidé à très bref délai. L'agent ne peut pas exi-

(4) Voir dans ce sens C.E. 16-7-1901, D.P. 1902-3-109 ; 1-8-1919, R.H. 1922, p. 199 ; 21-5-1920, R.H. 1923, p. 136 ; 29-6-1923, R.E.B. 1923, p. 246 ; 24-4-1929, R.H. 1929, p. 416 et R.E.B. 1929, p 502.

ger que ses actes soient respectés par la commission administrative, elle peut les annuler et l'agent ne saurait déférer au Conseil d'Etat la délibération prise. Le Conseil d'Etat a décidé, par arrêt du 18-3-1921 (5), que le caissier d'une caisse de crédit municipal n'a aucune qualité pour attaquer la délibération du conseil d'administration adoptant un mode d'émission d'emprunt qui ne lui convient pas. Il serait facile de multiplier les exemples d'actes de réglementation organique ou d'exécution du service, qui, ne touchant pas directement aux droits statutaires de l'agent, ne peuvent être déférés par lui au Conseil d'Etat.

Mais si le principe ne soulève par lui-même aucune difficulté particulière, la pratique révèle des cas, qui ne peuvent être tranchés aussi facilement :

1° Il faut prévoir, d'abord, les cas de détournement de pouvoir, dans lesquels la délibération a pour but inavoué, mais certain, de modifier la situation statutaire de l'agent (6).

Le Conseil d'Etat déclare régulièrement recevables les recours en excès de pouvoir adressés par les fonctionnaires contre les actes réglementaires entachés de détournement de pouvoir.

2° Il est bien plus malaisé de déterminer une ligne de conduite uniforme au cas où, en dehors de tout détournement de pouvoir, les actes réglementaires de la commission administrative touchent indirectement aux droits des agents. Citons le cas où, à la suite d'une délibération ne visant que la réorganisation d'un service, l'activité de l'agent se trouve modifiée dans des proportions telles, qu'il ne lui est plus matériellement possible d'assurer le service sans s'exposer à des risques incompatibles avec sa situation (7).

(5) Lebon, p. 338.

(6) Citons les nombreux exemples qu'offre la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de suppression d'emploi réalisée en vue de se débarrasser d'employés, qui, en vertu des statuts, avaient un droit à être maintenus.

(7) La Commission administrative, par exemple, renvoie un médecin à la suite d'une réorganisation interne et charge un autre médecin d'assurer outre son service attitré un service de spécialité, qu'il lui est matériellement et techniquement impossible d'assurer convenablement. Reprenons aussi l'exemple du caissier cité plus haut et admettons que l'émission de l'emprunt doive avoir lieu en dehors des heures de service, sans rémunération spéciale, alors que le caissier était déjà surchargé de travail.

Les tribunaux administratifs peuvent-ils annuler les actes de l'administration active au cas où ils portent atteinte aux droits des agents ? Il est incontestable que les agents ont, dans ces cas, un intérêt d'agir. Il faut cependant décider que, en principe, leur recours n'est pas recevable. La Commission administrative, sauf le respect des droits acquis, est libre de modifier explicitement ou implicitement le règlement qu'elle a édicté... Elle ne fait qu'exercer son pouvoir de réglementation, en modifiant même indirectement le statut antérieur, à condition, toutefois, que sa décision soit impersonnelle et non entachée de détournement de pouvoir. Il n'y a pas, dans ces cas, violation de la loi. Il n'y a pas, en conséquence, ouverture au recours pour excès de pouvoir.

Voilà la règle. Elle n'est pas sans exception. La loi, en effet, est venue imposer des limites au pouvoir réglementaire de la commission administrative. Si, d'abord, le statut primitif a été approuvé par l'autorité de tutelle, il ne saurait être modifié, même indirectement, que moyennant approbation de la nouvelle mesure par l'autorité de tutelle. Si, ensuite, un droit de l'agent, garanti par une loi ou un règlement qu'elle est tenue d'observer, est indirectement modifié par sa délibération, il y a violation de la loi. Par conséquent, dans les deux cas, il y a en faveur de l'agent ouverture au recours en excès de pouvoir. Citons le cas où la suppression d'un emploi décidé par la commission administrative a pour conséquence d'obliger un autre ouvrier de l'administration de travailler au-delà de la durée de travail légale prescrite par l'article 6 du Code du travail et le cas — visé ci-dessus — du caissier obligé à fournir illégalement un travail supplémentaire.

Dans les développements qui précèdent, nous nous sommes placés au seul point de vue du recours pour excès de pouvoir. Il va sans dire que les tribunaux administratifs admettront également le recours de pleine juridiction en vue de réparer le dommage subi par l'intéressé.

Mais dans tous les cas signalés où le recours en excès de pouvoir ne saurait aboutir, l'agent est-il absolument sans droits ? Le dommage est certain. Ne sera-t-il pas réparé ?

Répondre par l'affirmative revient à transposer dans la ma-

tière de la responsabilité de l'administration envers ses agents le principe de la responsabilité pour mauvaise réglementation ou pour réglementation insuffisante.

Nous ne voyons aucun inconvénient à opérer cette transposition. La théorie générale administrative de la responsabilité pour faute s'applique sans aucune difficulté à ces cas. La commission administrative commet sans nul doute une faute susceptible d'engager sa responsabilité envers ses agents, si elle organise le service de telle sorte, que le personnel subit des dommages du fait de l'insuffisance d'organisation, et cela tant en matière de sécurité personnelle qu'en matière de mauvaise répartition du service. Mais cette responsabilité apparaît comme très exceptionnelle.

La souplesse de la théorie administrative permet d'éviter sans trop de difficultés les abus, auxquels pourrait prêter ce genre de responsabilité de l'administration. On pourrait craindre, en effet, que cette concession faite, au nom de l'équité, aux agents de l'administration ait pour conséquence de soumettre la réglementation administrative à une censure excessive de la part des agents. Mais les conditions posées par le Conseil d'Etat quant à la gravité de la faute commise et du dommage subi, permettent de couper court, sans difficultés, aux recours d'agents indisciplinés ou mal intentionnés.

En matière d'exercice des pouvoirs de police, seule la faute lourde peut entraîner la responsabilité de l'administration et le dommage doit être exceptionnel (8). Pratiquement, l'agent, qui subit un préjudice du fait des décisions prises par la commission administrative et qui n'a aucun moyen de faire annuler ces décisions par la voie de l'excès de pouvoir, ne peut obtenir une indemnité que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Dans ces cas, le pouvoir réglementaire de l'administration se trouve entièrement sauvegardé, puisque le recours en indemnité n'aboutit nullement à la réformation des décisions prises par la commission administrative, mais uniquement à la réparation des suites dommageables pour les agents.

L'indépendance de l'administration active envers le juge administratif est ainsi sauvegardée. La théorie générale de la

(8) Voir Appleton, *op. cit.*, p. 438, et supplément, p. 79.

responsabilité pour faute ne peut jouer — nous l'avons précisé — que dans les cas non réglés par le statut.

Mais entrons à présent dans le domaine de la décision modifiant franchement et directement la situation personnelle, statutaire de l'agent.

II. — *Responsabilité de l'administration à l'occasion des actes relatifs au statut*

Les décisions que la commission administrative peut prendre à l'égard de la situation de ses agents sont, soit générales, soit individuelles. Il importe de distinguer ces deux catégories (9).

1) *Décisions générales.*

Remarquons que les décisions prises pour l'avenir à l'égard de l'ensemble du personnel et ne créant aucune inégalité entre eux sont toujours régulières, dès lors qu'elles ne sont ni contraires à la loi et aux principes généraux du Droit, ni entachées de détournement, puisqu'il appartient à la commission administrative en vertu de son pouvoir réglementaire de modifier librement la situation statutaire de ses employés.

Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé que la délibération, par laquelle la commission administrative d'un établissement hospitalier abaisse la limite d'âge valable pour ses médecins, ne peut être attaquée pour excès de pouvoir, s'il n'est prouvé que cette mesure a été prise en vue d'un but autre que l'intérêt du service : v. C.E. 7-7-1916 (10).

(9) Nous entendons par « décisions générales » celles qui visent des catégories d'agents, c'est-à-dire qui ne sont pas prises en considération de personnes physiques déterminées. Le type en est le statut du personnel. Les « décisions individuelles » sont celles qui concernent certains agents nommément désignés. Citons l'acte de nomination, la sanction disciplinaire, la révocation.

(10) R.E.B. 1916, p. 209. Voici les termes très nets du « considérant » décisif, termes qui se retrouvent dans toute une série d'autres arrêts :

« Considérant que les droits dont se prévaut le sieur X... étaient subordonnés au maintien de cette réglementation antérieure » (à la délibération attaquée) ; « qu'en la modifiant par la décision attaquée, la commission administrative des hospices civils de..... n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 8 de la loi du 7-8-1851 et n'a méconnu aucun droit..... »

Le 19-3-1926 (11), le Conseil d'Etat a rendu un arrêt dans des circonstances analogues et avec la même argumentation.

A plus forte raison a-t-il rejeté un recours intenté par un candidat aux fonctions de médecin des hôpitaux, plusieurs fois admissible au concours, contre une décision de la commission administrative modifiant pour l'avenir le règlement du concours (12).

On ne voit pas, en vertu de quel intérêt légitime, l'agent attaquerait l'administration, dès lors qu'elle est libre de lui accorder ou de lui refuser ce qu'il lui demande et qu'elle n'agit pas en vue d'un but autre que celui pour lequel elle a été munie du pouvoir de réglementation.

Seuls la loi, la réglementation administrative obligatoire et les droits acquis viennent limiter le pouvoir réglementaire de la commission administrative à l'égard de son personnel. Les décision générales en cette matière, ne peuvent donc donner lieu à des réclamations en annulation de la part du personnel qu'à la condition qu'elles soient contraires à la loi ou portent atteinte aux droits acquis. Le moment est venu de préciser davantage la notion des droits acquis.

A cet effet l'on peut distinguer deux sortes de droits conférés par les statuts de personnel : les droits accordés à vie ou pour une certaine durée et les droits accordés sans engagement quant à la durée de leur jouissance.

1° Commençons par ces derniers : à défaut de garantie expresse, les droits statutaires du personnel sont toujours susceptibles d'être modifiés par la commission administrative. Mais, est acquis à l'agent ce qui concerne le service passé. La commission administrative ne saurait, en principe, donner à ses délibérations un effet rétroactif en vue de mettre l'agent dans une situation moins favorable. Ainsi, l'agent qui a commis une irrégularité entraînant l'application de la procédure disciplinaire ne saurait se voir infliger que les sanctions disciplinaires en vigueur au moment où l'irrégularité s'est produite.

Toutefois, nous estimons que la Commission administrative peut exceptionnellement prendre des décisions générales rétro-

(11) R.E.B. 1927, p. 9.
(12) Voir C.E. 16-7-1930, R.H. 1933, p. 48.

actives, lorsqu'il s'agit de réparer les irrégularités commises soit au profit, soit au détriment des agents (application de la loi ou de règlements impératifs, augmentation rétroactive des traitements dans un esprit de réparation, etc.).

2° Le domaine des droits acquis est bien plus important, si le statut en vigueur accorde aux agents des droits pour une certaine durée, notamment à vie. Mais l'épithète « acquis » impose une distinction : il ne suffit pas que le droit soit inscrit au statut, pour que l'agent en fonctions puisse exiger son maintien ; il faut encore que l'agent en soit déjà titulaire. Le droit éventuel n'est jamais un droit « acquis » (13).

Admettons par exemple que le statut de personnel édicté par la commission administrative comporte un article, suivant lequel tout agent, du fait de sa titularisation, est engagé à vie, conséquence mentionnée, par exemple, sur l'acte de nomination, qui est notifié à l'intéressé à la suite de la décision de nomination. La commission peut évidemment, avec l'approbation préfectorale, modifier le règlement en vue de supprimer ce droit pour l'avenir. Cela veut dire, d'abord, qu'aucun agent dorénavant engagé ne pourra plus bénéficier de l'engagement à vie ; mais cette modification est opposable, en outre, aux agents en fonctions, qui ne remplissent pas encore la condition posée à l'entrée en jouissance de ce droit : la titularisation, le commissionnement. Seuls les agents, qui possèdent déjà le droit viager, c'est-à-dire qui l'ont individuellement « acquis », échapperont à la nouvelle décision de la commission administrative.

Celle-ci n'est donc pas obligée, lorsqu'elle modifie la situation statutaire de son personnel, de se préoccuper des droits éventuels, dans la jouissance desquels les agents espéraient entrer un jour. Ces droits ne leur étant pas encore conférés, ne sont pas des droits acquis.

Ainsi, la suppression d'une classe d'avancement des agents est opposable à tous les agents des classes inférieures à celle-là.

***

(13) Sauf la stipulation expresse, mais invraisemblable que, par exemple, tous les agents *en service* en bénéficieront même au cas où le règlement viendrait à être changé.

L'annulation pour excès de pouvoir des décisions générales prises par la commission administrative à l'égard du personnel n'entraîne pas nécessairement — nous le rappelons — la responsabilité pécuniaire de l'administration. D'abord, l'excès de pouvoir peut constituer un fait personnel aux membres de la commission administrative — situation possible en théorie, mais extrêmement rare en pratique — engageant la seule responsabilité de ces personnes. D'autre part, il doit revêtir une gravité suffisante pour pouvoir constituer une cause de responsabilité de l'administration, c'est-à-dire, une faute de service. En matière de relations avec le personnel, l'excès de pouvoir sera, d'ailleurs, le plus souvent considéré comme une faute engageant la responsabilité : les tribunaux administratifs reçoivent, en effet, avec une largesse particulière, les réclamations pécuniaires des agents.

Rappelons toutefois que, dans les hypothèses qui nous occupent, la responsabilité pécuniaire est exceptionnelle en raison même du caractère général et impersonnel des décisions. Elle naît le plus souvent à l'occasion de décisions individuelles prises en exécution de décisions générales irrégulières. On imagine difficilement que l'établissement puisse encourir une responsabilité pécuniaire envers ses agents indépendamment de l'exécution des décisions générales, c'est-à-dire en dehors des décisions ou agissements d'exécution.

2) *Décisions individuelles.*

Passons maintenant à la question bien plus pratique de la responsabilité naissant à l'occasion de la décision individuelle prise à l'égard des agents. Cette responsabilité peut avoir sa source dans la violation de deux règles : la règle de l'égalité des agents entre eux, principe découlant logiquement de leur situation réglementaire, et la règle du respect des droits acquis par l'agent, soit en vertu du règlement, soit en vertu de la loi.

Mais, outre ces cas de responsabilité pour faute, la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis, exceptionnellement, dans l'hypothèse du renvoi brusque du personnel, une véritable responsabilité pour cause de risque.

1° *Violation de l'égalité des agents et des droits acquis au moyen de la décision individuelle.* — L'hypothèse la plus typique de la violation des droits acquis, c'est la décision administrative appliquée avec effet rétroactif. Son importance pratique nous engage à l'évoquer, avant d'examiner plus particulièrement les limites s'imposant à l'activité de la Commission administrative à l'occasion des principaux actes relatifs à la carrière des agents.

Cet examen nous permettra de préciser davantage les droits des agents envers la Commission administrative. Il devra être suivi de la recherche des moyens dont ils disposent pour obtenir en justice le respect de leurs droits.

Enfin, il s'agira de déterminer les principes régissant la délicate matière de l'exécution des sentences jurisprudentielles par ou contre l'administration.

a) *Prohibition des décisions rétroactives.* — Nous avons montré que la définition même des droits acquis exclut logiquement la rétroactivité des décisions administratives en matière de personnel. Cette conséquence s'impose à l'occasion des décisions individuelles autant qu'à l'égard des décisions générales.

Nous nous contenterons d'en fournir quelques exemples : La Commission administrative ne peut sans commettre un excès de pouvoir nommer ses agents avec effet rétroactif, s'ils n'ont pas effectivement rempli les fonctions dans lesquelles ils sont nommés (14). Il faut adopter une solution identique en matière d'avancement et de promotion d'agents. De même, la Commission administrative ne saurait rétroactivement priver tel agent des droits pécuniaires attachés à sa fonction, dès lors qu'il a régulièrement accompli son service, sous réserve toutefois des droits disciplinaires de la commission administrative.

La même solution a été donnée à maintes reprises par le Conseil d'Etat en matière de révocation de fonctionnaires. Ainsi a-t-il décidé le 21-11-1919 (15), qu' « en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire l'y autorisant, l'autorité compétente pour prononcer la révocation ne peut sans excé-

(14) Voir Alibert, page 328, et la jurisprudence citée par cet auteur.
(15) R.E.B. 1920, p. 112.

der ses pouvoirs donner un effet rétroactif à la mesure dont il s'agit » (16). Ainsi encore, le 27-12-1918 (17), a-t-il précisé que les arrêts suspendant ou mettant en disponibilité un inspecteur des travaux publics « sont entachés d'illégalité en ce qu'ils font remonter leur suspension et la mise en disponibilité... au 16-8-1914... », c'est-à-dire en leur donnant un effet rétroactif d'un mois. — C'est ainsi également qu'il faut interpréter un arrêt du 18-11-1904 (18), dans lequel il a décidé qu'en cas de révocation d'un économe d'hôpital par le Préfet, incompétent pour prendre pareille mesure, la ratification ultérieure de cette révocation par la Commission administrative, seule compétente, ne peut rétroactivement rendre régulière la révocation prononcée. — Tel est enfin le principe appliqué dans l'arrêt du 18-10-1918 (19), qui précise que le traitement des fonctionnaires révoqués leur est dû jusqu'au jour où la révocation leur est notifiée.

Il y a, à notre connaissance, deux exceptions au principe de non-rétroactivité en matière de décisions individuelles :

1) le Conseil d'Etat admet le retrait de révocations même régulières ;

2) l'annulation contentieuse des décisions relatives au personnel entraîne des effets rétroactifs (révision de carrières, etc.).

b) *Limites s'imposant à la Commission administrative à l'occasion des principaux actes relatifs à la carrière.* — Les principaux actes de la Commission administrative à l'égard de ses agents se rapportent aux événements suivants de leur carrière: collation de fonction (nomination après ou sans concours), avancement, sanction disciplinaire, destitution, mise à la retraite et pension, ainsi qu'aux avantages pécuniaires attachés à leurs fonctions.

Nous n'insisterons pas sur les avantages pécuniaires attachés à la fonction, qui ne soulèvent pas de difficultés graves. Retenons le principe : l'attribution de pareils avantages aux agents constitue un droit tant que la loi ou le règlement la

(16) Voir dans le même sens C.E. 27-1-1893, Larmalle.
(17) R.E.B. 1919, p. 102.
(18) R.E.B. 1905, p. 48.
(19) R.H. 1920, p. 113.

prévoit et que l'agent exerce effectivement la fonction à laquelle ces avantages sont attachés.

A) *Collation de fonction.* — La Commission administrative nomme ses agents (sauf le receveur et l'aumônier), et les nominations ne sont pas soumises à l'approbation par l'autorité de tutelle.

C'est donc avec une entière liberté qu'agit la Commission administrative. « En principe, le choix du fonctionnaire est discrétionnaire de la part des autorités administratives », a dit Hauriou (20). Le Conseil d'Etat va très loin dans les conséquences qu'il tire de ce principe.

Par exemple, il a décidé le 7-8-1903 (21) que la Commission administrative ne saurait se lier envers un médecin pour lui réserver un emploi non encore vacant, en spécifiant qu' « il n'appartient pas à la commission administrative des hospices, en réservant au sieur X... un emploi non encore vacant dans les services hospitaliers, de lier pour le choix du titulaire de cet emploi ceux à qui doivent incomber normalement le soin et la responsabilité de la nomination lors de l'ouverture de la vacance ».

Souvent, la nomination des employés, des médecins et chirurgiens, des ouvriers, infirmiers, etc., est organisée par le règlement de l'établissement, qui prévoit notamment des conditions de formation précises, un mode de recrutement, etc. Tant que la Commission ne modifie pas ces dispositions, elle est tenue de les observer.

Le mode de nomination prescrit par le règlement doit être suivi ; notamment, est entachée d'excès de pouvoir la décision par laquelle est nommé sans concours un chef de service d'hôpital, alors que le règlement prescrivait pour occuper ce poste l'organisation préalable d'un concours (22).

C'est précisément en matière de concours prescrit en vue de la nomination aux postes de médecins des hôpitaux que le Conseil d'Etat a eu le plus souvent à rappeler que la Commission administrative est tenue d'appliquer son propre règlement.

(20) 11e édition, page 604.
(21) R.E.B. 1903, 339.
(22) Voir en ce sens Conseil d'Etat 16-2-1912, R.E.B. 1912, p. 221.

Il a ainsi décidé le 19-12-1924 (23), qu'une fois le concours organisé, il n'appartient pas à la Commission administrative de suivre un autre classement que celui établi par le jury institué en vertu du règlement, mais que, ce classement ayant été mal fait par le jury, il ne lui appartient pas, non plus, de nommer le premier classé, si ce médecin n'a pu arriver à ce rang qu'en raison de la faute commise par le jury. Dans ce cas, il n'y a qu'une chose à faire : recommencer le concours. Telle est la solution qui découle du principe de l'égalité des concurrents.

Par arrêt du 1er-12-1922 (24), il a été précisé, qu'il appartient à la Commission administrative de considérer comme nulles les opérations du jury, mais qu'il ne lui appartient pas de les modifier.

Un arrêt du 2-7-1909 (25) a établi que la Commission administrative peut annuler le concours, si le jury en a modifié les conditions, même d'accord avec tous les candidats.

Par contre — et dans cet arrêt se manifeste d'une manière évidente le pouvoir discrétionnaire que possède la Commission administrative pour régler la nomination de son personnel — le Conseil d'Etat a statué que le concours, qui, suivant l'intention de la Commission administrative, n'avait que le but de lui faire connaître les candidats pour un poste vacant, n'engage pas la Commission administrative, qui n'est pas tenue, notamment, d'observer le classement et de nommer le candidat classé premier par le jury (26).

Mais, la Commission administrative rencontre dans la loi elle-même des limites à son indépendance, limites qu'elle ne saurait franchir sans commettre un excès de pouvoir. Est-il nécessaire de citer des exemples ? Le Conseil d'Etat a décidé à l'occasion de la nomination d'un médecin inspecteur de l'assistance médicale gratuite, que le candidat doit remplir les conditions de formation exigées par la loi, en l'occurrence l'art. 6 de la loi du 30-11-1892 sur l'exercice de la médecine (27). C'est l'évidence même. Il est des cas moins évidents, notam-

(23) R.E.B. 1925, p. 327.
(24) R.E.B. 1923, p. 26.
(25) R.E.B. 1910, p. 41.
(26) Voir C.E. 4 et 11-12-1908, R.E.B. 1909, p. 52.
(27) C.E. 19-12-1917, R.E.B. 1918, p. 60.

ment en matière d'incompatibilité ou d'incapacité d'exercer des fonctions publiques, à la suite de condamnations pénales, etc. Mais n'insistons pas sur toutes les difficultés susceptibles de naître à l'occasion de la nomination de personnes atteintes par ces incapacités, car rechercher une responsabilité pécuniaire de l'administration — seul point de vue qui nous intéresse — envers des personnes, qui, par définition, n'ont encore aucun droit envers elle, nous conduirait trop loin dans la voie des hypothèses et des fictions.

Même dans l'hypothèse du concours, la responsabilité pécuniaire de l'administration ne sera engagée que dans des cas exceptionnels. La commission étant libre, en vertu de son droit de nomination discrétionnaire, d'annuler le concours organisé, le premier classé ne pourrait réclamer utilement une indemnité que dans l'hypothèse où un candidat, classé avec un rang inférieur au sien, aurait néanmoins été nommé, alors qu'il n'y avait aucune raison valable à écarter le premier.

La responsabilité pécuniaire pour nomination irrégulière en dehors du cas du concours, ne se concevrait, pratiquement, qu'au cas tout à fait invraisemblable, où le règlement de l'établissement prescrirait la tenue d'une liste de candidats avec rang obligatoire pour l'administration elle-même.

B) *Avancement. — Promotion.* — En l'absence de toute disposition légale et réglementaire, l'avancement des agents est librement décidé par la Commission administrative. La promotion aux emplois supérieurs est à la discrétion de la commission.

La question s'est posée à l'occasion de prétendus droits découlant de l'ancienneté respective des agents. On a pu se demander, si l'égalité des agents ne dictait pas dans tous les avancements et promotions l'obligation de respecter le rang d'ancienneté, et si les agents ne pouvaient pas exiger devant les tribunaux administratifs qu'en cas de vacance d'un poste supérieur, le plus ancien d'entre eux soit promu.

Ils prétendaient au fond transposer dans la matière de l'avancement la question du rang, telle qu'elle se pose au cas d'engagement à la suite d'un concours. Mais ce ne serait nullement l'aptitude, justifiée par le classement du concours, mais

exclusivement l'ancienneté de service qui serait déterminante, étant admis, d'ailleurs, que le candidat demandant l'avancement remplit les conditions de formation, d'âge, etc... exigées pour pouvoir être nommé au poste supérieur.

Le Conseil d'Etat, qui a été saisi de cette question à plusieurs reprises, a décidé d'une façon constante qu'en l'absence d'un texte réglementaire garantissant l'avancement d'une manière automatique de l'agent le plus ancien, l'ancienneté ne s'impose pas d'une manière obligatoire à la Commission administrative. Le droit de cette commission de nommer la personne de son choix remplissant les conditions requises est discrétionnaire. Suivant sa doctrine habituelle, le Conseil d'Etat s'interdit d'apprécier les motifs de la nomination qui sont du domaine de l'opportunité.

Le principe de l'égalité des agents au point de vue de l'ancienneté ne peut donc faire obstacle à ce que la Commission administrative tienne compte dans chaque cas de l'intérêt du service. L'ancienneté de service, en d'autres termes, ne confère à l'agent aucun droit à l'avancement. Citons en ce sens, à titre d'exemples, un arrêt du Conseil d'Etat du 24 février 1911 (28), statuant qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de règlement, la Commission administrative n'est pas tenue d'observer le rang d'ancienneté des divers suppléants du chirurgien d'un hôpital, quand elle nomme le nouveau chirurgien ;

— un arrêt du 28 novembre 1934 (29), par lequel le Conseil d'Etat a rejeté le recours d'un médecin, qui, nommé à titre provisoire dans un service, prétendait avoir un droit à la titularisation dans sa fonction ;

— et un arrêt du 13 mai 1932 (30), par lequel il a rejeté, de même, un recours présenté par un médecin, qui se prétendait lésé du fait qu'il n'avait pas été titularisé comme médecin-chef de la maternité, mais comme chirurgien, alors qu'il avait été, lors de son engagement, affecté comme chirurgien adjoint à la direction de la Maternité.

Remarquons que les commissions administratives peuvent

(28) R.E.B. 1911, p. 194.
(29) R.E.B. 1935, p. 469.
(30) R.E.B. 1933, p. 20.

instituer dans leurs règlements l'avancement à l'ancienneté. Cette disposition édictée, elles sont tenues de s'y conformer, tant qu'elles la maintiennent ; l'inobservation entraînerait la responsabilité de l'administration.

C) *Sanctions disciplinaires, révocation.* — La Commission administrative, qui nomme ses agents, peut aussi les révoquer et cette révocation ne constitue aucunement une faute, mais au contraire l'exercice discrétionnaire d'un droit (31).

En l'absence de dispositions réglementaires, l'agent ne bénéficie d'aucune stabilité, qui lui permettrait de s'opposer à son congédiement. Nous verrons plus loin, comment le Conseil d'Etat est arrivé à tempérer les rigueurs que comporte parfois cette situation, en accordant à certains employés congédiés une indemnité en vertu d'un risque incombant à l'administration.

Il faut soigneusement distinguer de ces congédiements la révocation ou la destitution disciplinaire des agents, qui intervient fréquemment dans l'hypothèse où, en vertu du règlement particulier de l'administration, l'employé eût bénéficé de garanties de stabilité, mais où, en raison de sa faute, son renvoi peut ou doit être prononcé.

Les règlements de personnel de toutes les administrations prévoient les sanctions disciplinaires que peut infliger l'administration à ses agents en cas de faute professionnelle. Ils prescrivent des procédures disciplinaires. La responsabilité, qu'encourt l'administration du fait des décisions disciplinaires qu'elle est appelée à prendre, ne peut être appréciée qu'au vu de ces règlements.

Mais supposons un instant qu'aucune disposition n'ait été édictée par la Commission administrative en matière de sanctions disciplinaires. Quelles sont les sanctions qu'elle peut prendre dans ces cas ? Telle est la première question qu'il importe de trancher.

(31) Voir en ce sens : Conseil d'Etat, 27 avril 1932, Sieur Gardey :
« Considérant que le sieur Gardey, qui n'allègue même pas que la mesure disciplinaire dont il a été l'objet ait été prise en violation d'aucune disposition légale ou réglementaire, ne saurait discuter devant le Conseil d'Etat l'*opportunité des motifs* à raison desquels a été prise ladite mesure ; qu'ainsi le requérant, qui n'établit pas, *d'autre part*, que la décision attaquée soit entachée de *détournement de pouvoir*, n'est pas fondé à en demander l'annulation. »

Il est certain qu'on ne saurait transposer dans le domaine du droit disciplinaire la règle du droit pénal « nulla poena sine lege ». La sanction disciplinaire, d'abord, n'est pas une peine. Ensuite, le pouvoir disciplinaire est un attribut du pouvoir de police de l'administration. La Commission administrative n'est pas une juridiction.

Sans doute, dira-t-on, les pouvoirs de police doivent faire l'objet d'une réglementation et c'est ainsi qu'il faut interpréter les paroles de Hauriou (32) : « L'exercice du pouvoir disciplinaire suppose une certaine détermination des faits punissables et une échelle des mesures et des peines qui va de la simple réprimande à la révocation avec de nombreux degrés intermédiaires. » Mais la police ne consiste pas seulement à organiser des mesures de protection et à édicter des interdictions. Son rôle se prolonge au delà de la réglementation dans l'action préventive. En matière disciplinaire, cela revient à dire que le supérieur hiérarchique doit frapper, dès que le besoin s'en fait sentir, même à défaut de règlement. Le silence des règlements quant aux sanctions disciplinaires n'entraîne aucune restriction aux droits de la commission (33). Ce silence est plutôt en défaveur de l'agent.

Constituant un attribut du pouvoir de police, le pouvoir disciplinaire ne risque-t-il pas, cependant, à défaut d'une réglementation précise, de devenir arbitraire ? Ce risque existe, en effet, et il explique la tendance de plus en plus marquée de remplacer la sanction disciplinaire prononcée par le supérieur hiérarchique par une sanction prononcée par une véritable juridiction disciplinaire.

Cependant, n'exagérons pas les dangers que comporte le pouvoir disciplinaire. Les décisions infligeant des sanctions disciplinaires au personnel peuvent dans de nombreux cas être déférées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Si elles ne sont pas justifiées, elles peuvent, d'autre part, donner lieu à un contentieux de pleine juridiction (34).

1° Cela n'a rien d'étonnant. Malgré l'opinion exprimée par

(32) Page 606 de la 11e édition.
(33) Voir en ce sens C.E. 27-6-1934, Lebon p. 729.
(34) C.E. 15 février 1907, Lacourte, et 16 novembre 1909, Lebon p. 617, Maugras.

M. Berthélemy (35), suivant laquelle « le pouvoir disciplinaire peut s'exercer sans que les faits punissables aient été précisés » — opinion qui nous paraît incompatible avec le respect dû aux droits de l'individu — le fonctionnaire a toujours la possibilité, en cas de détournement de pouvoir, de déférer au Conseil d'Etat la décision qui lui inflige une sanction disciplinaire. Cette décision est nécessairement motivée, sinon au texte, du moins au dossier, dont l'agent est en droit de recevoir communication en vertu de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Le Conseil d'Etat ne se refuse pas d'examiner les motifs des décisions disciplinaires, si ces motifs apparaissent comme inopérants en droit, comme illégaux, comme constituant un détournement de pouvoir. Ainsi, par arrêt du 7 août 1917 (35), il n'a pas hésité d'annuler pour excès de pouvoir une délibération révoquant un médecin, alors que cette révocation était « expressément motivée par les fautes que le sieur X... aurait commises dans l'exercice de ses attributions de maire... » et que, « en l'absence de toute faute professionnelle relevée contre le médecin chef du sanatorium, la mesure disciplinaire prise contre lui est entachée de détournement de pouvoir ».

Il est vrai qu'en dehors du cas de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier les motifs de la sanction et de juger, si elle est excessive ou normale, sous peine d'empiéter sur l'administration active. Dans ces cas, il ne saurait non plus allouer des indemnités aux agents sanctionnés. Il l'a expressément décidé notamment par un arrêt du 20 janvier 1911 (36), dans lequel nous relevons le passage suivant :

« Considérant... que, d'autre part, l'appréciation des motifs, pour lesquels la Commission administrative a cru devoir user de ses pouvoirs légaux sous l'autorité du Préfet » (37), « échappe à la censure du Conseil d'Etat... ».

2° Le Conseil d'Etat a trouvé un domaine d'intervention fécond dans les éléments de forme auxquels doit suffire la décision disciplinaire et notamment dans l'article 65 précité.

(35) Traité, 13e édition, page 77.
(35 *bis*) R.E.B. 1918, 140.
(36) R.E.B. 1911, p. 346.
(37) Elle avait révoqué un médecin.

Il constate, par exemple, que la communication du dossier n'a pas précédé la décision prononçant la sanction et il alloue en vertu de cette faute de l'administration une indemnité à l'agent sanctionné, notamment en matière de révocation. Il constate, encore, que la sanction n'a pas été prise par l'autorité qui nomme l'agent, en l'occurrence la Commission administrative (38).

En matière hospitalière, n'oublions pas une autre formalité très importante, dont l'accomplissement est obligatoire pour la Commission administrative. Certains agents ne peuvent être révoqués par la Commission qu'avec l'approbation préfectorale (le secrétaire, l'économe, les médecins et chirurgiens, les sages-femmes). Le défaut d'approbation par l'autorité de tutelle constitue dès lors une faute qui entraîne l'annulabilité de la décision pour excès de pouvoir et l'allocation d'une indemnité, le cas échéant (39).

Un arrêt du Conseil d'Etat du 7 août 1917 (40) confirme que le défaut d'approbation préfectorale de la délibération révoquant un médecin constitue un excès de pouvoir motivant l'annulation de la décision de révocation. La même solution a prévalu dans un arrêt du 16 janvier 1935 (41) à l'égard d'une sage-femme, les sages-femmes étant à ce point de vue assimilées aux médecins, et dans un arrêt du 8 novembre 1935 (42) à l'égard d'un médecin assistant stagiaire.

La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'annulation de décisions de révocation ou de déplacement d'office d'agents sans communication préalable du dossier est particulièrement abondante. Citons quelques arrêts intéressants :

1° Arrêt du 19 mai 1922 (43) : annulation pour excès de pouvoir d'une délibération révoquant un directeur-économe d'hôpital sans communication du dossier.

2° Arrêt du 9 mai 1928 (44) : *id.*, en matière de révocation d'un secrétaire-économe ;

(38) Voir pour le principe C.E. 21 avril 1893, Zickel.
(39) Voir l'article 14 de la loi du 7 août 1851.
(40) R.E.B. 1918, p. 140.
(41) R.E.B. 1935, p. 640.
(42) R.E.B. 1936, octobre.
(43) R.H. 1924, p. 249.
(44) R.E.B. 1929, p. 117.

3° Arrêt du 1er décembre 1926 (45) : *id.*, en matière de révocation d'un régisseur des biens d'un hôpital ;

4° Arrêt du 10 février 1926 (46) : *id.*, en matière de révocation d'un infirmier ;

5° Arrêt du 14 mars 1934 (47) : *id.*, au cas de licenciement d'infirmier pour raisons de santé ;

6° Arrêt du 20 janvier 1932 (48) : *id.*, au cas de révocation d'un jardinier, déguisée sous forme de suppression d'emploi ;

7° Arrêt du 4 mai 1928 (49) : le médecin d'hôpital révoqué a droit à la communication du dossier ;

8° Arrêt du 7 novembre 1934 (50) : *id.*

9° Arrêt du 28 mars 1931 (51) : *id.*, le chirurgien-dentiste des hôpitaux ;

10° Arrêt du 8 novembre 1935 (52) : *id.*, le médecin assistant stagiaire ;

11° Arrêt du 15 décembre 1922 (53) : révocation de sages-femmes : elles ont droit à la communication du dossier ;

12° Arrêt du 23 mars 1927 (54) : le médecin non nommé, mais rémunéré par l'administration depuis trois ans, a droit à la communication du dossier, si un nouveau médecin est nommé à son poste ;

13° Arrêt du 14 mai 1932 (55) : le médecin révoqué en raison de la réunion de deux services entre les mains d'un seul a droit à la communication du dossier ;

14° Arrêt du 4 juillet 1934 (56) : la nomination d'un chirurgien à une situation inférieure à la précédente entraîne communication du dossier ;

15° Arrêt du 2 janvier 1935 (57) : le médecin d'hôpital non

(45) R.H. 1929, p. 87.
(46) R.E.B. 1926, p. 296.
(47) R.E.B. 1935, p. 140.
(48) R.E.B. 1932, p. 392.
(49) R.E.B. 1929, p. 75.
(50) R.E.B. 1935, p. 421.
(51) R.E.B. 1932, p. 6.
(52) R.E.B. 1936, octobre.
(53) R.E.B. 1923, p. 156.
(54) R.H. 1929, p. 368.
(55) R.E.B. 1933, p. 58.
(56) R.E.B. 1935, p. 363.
(57) R.E.B. 1935, p. 526.

nommé, mais exerçant en fait les fonctions et rétribué, *id.*

16° Arrêt du 29 octobre 1935 (58) : constitue un déplacement d'office entraînant le droit à la communication du dossier la délibération par laquelle la Commission administrative d'un hôpital-hospice, ayant acquis un appareil perfectionné de radiologie, nomme un médecin chef de ce nouveau service, alors que « la mesure ainsi prise n'a pas eu pour effet de maintenir » l'ancien chef de service de radiologie « dans une situation égale à celle qu'il avait antérieurement » ;

17° Arrêt du 19 novembre 1924 (59) : il suffit que l'intéressé ait été mis dans la possibilité de demander la communication du dossier. Autre chose est de savoir s'il n'en a pas profité (59 *bis*) ;

18° Arrêt du 3 juillet 1914 (60) : en cas de communication incomplète du dossier, la délibération de la Commission administrative peut être annulée ;

19° Arrêt du 3 mars 1933 (61) : un médecin mis en disponibilité pour cause de maladie, doit être réaffecté au service, quand il revient à la santé. Le prétexte qu'il n'a pas exercé depuis plusieurs mois n'est pas valable.

D) *La mise à la retraite et la pension.* — La loi confère aux fonctionnaires un véritable droit à la pension. La loi du 5 avril 1900 sur les retraites ouvrières et paysannes prescrit que, à défaut de caisses de retraites, les fonctionnaires de l'administration locale bénéficient des retraites ouvrières.

De nombreux établissements hospitaliers ont d'ailleurs institué en faveur de leurs agents des caisses de retraites.

En tout état de cause, l'agent est nanti d'un véritable droit à l'égard de l'administration, droit subordonné au maintien de la réglementation par la Commission administrative. Il n'y a pas à distinguer, à cet égard, entre le traitement et la pension. Le pensionné se trouve envers l'administration dans une situa-

(58) R.E.B. septembre 1936.
(59) R.E.B. 1925, p. 265.
(59 *bis*) Voir dans le même sens C.E. 7 janvier 1921, R.H. 1923, p. 177, 28 février 1912, R.E.B. 1913, p. 271.
(60) R.E.B. 1915, p. 16.
(61) R.E.B. 1934, p. 94.

tion exclusivement réglementaire. Il en résulte, notamment, que la décision prononçant la mise à la retraite prématurée ou fixant la pension dans des conditions autres que celles prévues au règlement peut être déférée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir (62).

Le Conseil d'Etat a décidé que l'existence d'un règlement de retraites particulier exclut l'application des principes généraux de la responsabilité administrative (63). Voici les termes dans lesquels s'exprime le Conseil d'Etat :

« Considérant — dit l'arrêt — que les réparations auxquelles « peuvent être tenus les Hospices de X... à raison des infirmités « dont sont atteints leurs employés dans l'exercice de leurs « fonctions sont fixés, non par les règles ordinaires de la res- « ponsabilité, mais par les dispositions du règlement de re- « traites du personnel des hospices de X... »

Notons toutefois la très importante restriction que l'assurance sociale obligatoire est venue apporter à la responsabilité de l'administration envers ses agents en tant qu'ils y sont assujettis (64).

(62) Le Conseil d'Etat va très loin dans cette voie. Ne puise-t-il pas jusque dans les dispositions nulles du statut pour apprécier l'intention de l'administration d'accorder des garanties à ses agents. Dans un arrêt du 8 novembre 1935, nous relevons le « considérant » suivant :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Descottes, à la date du 1er février 1934, ne réunissait les conditions exigées par le règlement de la caisse des Retraites du personnel des Hospices de Clermont-Ferrand, ni pour avoir droit à une pension d'ancienneté, ni pour être admis pour invalidité ; que, par suite, son admission à la retraite prononcée par la décision de la Commission Administrative du 30 décembre 1933, trouve son seul fondement dans la suppression de l'emploi occupé par le requérant, suppression effectivement réalisée, comme suite à une réorganisation de service, à la date de ladite admission à la retraite ; qu'aux termes de l'article 13, alinéa 3, du statut du personnel des Hospices « en cas de suppression totale ou partielle de service, la situation nouvelle du personnel sera examinée par une commission mixte, composée de délégués de la Commission administrative et du Syndicat des Travailleurs des Hôpitaux » ; qu'il résulte de cette disposition que le statut entend assurer des garanties particulières aux agents faisant partie de services supprimés ; que si cette disposition, en tant qu'elle prévoit au sein de la commission qu'elle institue la présence de délégués d'un groupement illégal de fonctionnaires, est entachée de nullité et ne saurait, dès lors, être appliquée dans sa teneur, elle s'oppose néanmoins à ce qu'un agent faisant partie d'un service supprimé sous l'empire de ladite prescription soit admis à la retraite sans la substitution de garanties nouvelles à celles irrégulièrement prévues ; que, par suite, le requérant est fondé à demander l'annulation de la décision attaquée. »

c) *Recours des agents contre les décisions individuelles*

A) *Nature des recours.* — Quand on examine les moyens d'action dont dispose l'agent en présence d'une décision individuelle irrégulière de la Commission administrative, qui le lèse, on rencontre la discussion toujours actuelle de la distinction du recours en annulation et du recours de pleine juridiction. Le recours introduit par l'agent contre la décision individuelle rentre-t-il dans la première ou dans la seconde catégorie ?

M. Alibert (65) n'hésite pas à affirmer « qu'à l'égard des actes individuels le recours en excès de pouvoir se confond pratiquement avec le recours contentieux de pleine juridiction ». Il prétend tirer cette conséquence de l'évolution de la jurisprudence administrative, qui, ostensiblement, tend vers le recours unique, le recours par excès de pouvoirs. Ce dernier absorbe de plus en plus, en vertu de l'extension qui lui a été donnée, le recours de pleine juridiction. Que faut-il penser de cette absorption réciproque des deux recours en matière de responsabilité hospitalière ?

Nous plaçant au seul point de vue formel, cette absorption paraît possible en la matière des recours introduits devant le Conseil d'Etat, parce que la Haute Assemblée use d'une certaine liberté pour leur aménagement. Les deux sortes de recours introduits devant le Conseil d'Etat obéissent, en effet, aux mêmes prescriptions quant à la nécessité d'une décision préalable et quant au délai de forclusion.

Il n'en est pas de même devant le Conseil Interdépartemental de Préfecture. Sa juridiction est d'attribution. Elle est figée dans des textes sinon précis du moins rigides. Or, la nécessité d'une décision préalable et le délai de forclusion de deux mois n'ont été introduits précisément que pour « les litiges d'ordre individuel relatifs à la situation administrative des fonctionnaires des... établissements publics » (66). Ils n'existent pas pour les autres réclamations présentées devant cette juri-

(63) C.E. 14 mars 1934, R.E.B. 1935, 137.

(64) Voir également C.E. 26 juillet 1930, R.E.B. 1931, p. 159, dans le même sens, ainsi que C.E. 24 mars 1934, R.E.B. 1935, p. 193.

(65) *Op. cit.*, page 57.

(66) Voir article 1er du décret du 8 septembre 1934.

diction. On serait tenté d'admettre que cette différence créée entre les réclamations des agents et les autres réclamations portées devant le Conseil de Préfecture, ces dernières sous l'empire de la prescription trentenaire, correspond à la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction.

Nous ne croyons pas que cette conclusion soit permise. Il serait inexact, en effet, de prétendre que rationnellement tout recours visant l'annulation d'une décision administrative soit un recours en excès de pouvoirs. Devant le Conseil d'Etat, notamment, les instances de pleine juridiction se lient nécessairement, de même que les autres, par des décisions exécutoires. Il faut sous-distinguer : les recours devant le Conseil de Préfecture qui visent exclusivement l'annulation d'une décision de la commission administrative pour illégalité, incompétence, vice de forme ou détournement de pouvoir sont des recours en annulation au sens propre du terme, tandis que ceux qui visent à la détermination d'une indemnité, en considération d'un grief causé au réclamant, grief dont la réparation est demandée soit au nom de l'équité, soit pour cause d'excès de pouvoir, sont des recours de pleine juridiction. En d'autres termes, l'article 1[er] du décret du 8 septembre 1934 vise aussi bien les recours pour excès de pouvoir que les réclamations à fin d'indemnité basées sur l'excès de pouvoir.

Retenons que les éléments de procédure ne permettent pas de distinguer le recours en excès de pouvoir du recours de pleine juridiction en matière de responsabilité hospitalière envers les agents. La différence qui demeure entre les deux contentieux procède de l'objet du recours. Nous le vérifierons par la suite.

En somme, il n'y a pas en cette matière deux recours qui s'excluent l'un l'autre, mais deux recours susceptibles d'être joints, lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences dommageables d'un acte de la commission administrative illégal ou entaché d'incompétence ou vicié dans la forme. L'annulation pour excès de pouvoir fixe l'irrégularité de l'acte. Elle constate l'état de droit, sans en tirer les conséquences pécuniaires.

De deux choses l'une : ou bien la commission administrati-

ve renonce à exécuter l'acte annulé et se conforme à la sentence, et alors point n'est besoin d'agir par la voie de pleine juridiction, qui, en principe, ne peut aboutir qu'à une indemnité ; ou bien elle profite de son indépendance envers le juge pour maintenir les conséquences de l'acte, malgré son irrégularité, et alors l'agent, s'il subit un préjudice matériel appréciable en argent, demandera une indemnité.

Soulignons cet autre point de contact remarquable entre les deux recours, point de contact qui a été souvent signalé comme une véritable curiosité juridique : la constatation de la légalité peut impliquer des conséquences pécuniaires directes et la jurisprudence n'hésite plus aujourd'hui à admettre le recours en annulation dans les cas où il aboutit à constater la légalité en matière d'obligation pécuniaire de l'administration envers ses agents.

Nous avons noté ailleurs que la jurisprudence a longtemps refusé aux agents d'une manière catégorique le droit d'agir par la voie du recours en excès de pouvoir à l'occasion de décisions leur refusant des avantages pécuniaires, parce que pareille annulation aboutit automatiquement, en cas de succès, à déclarer la dette de l'administration envers l'agent. Le recours en excès de pouvoir n'étant recevable qu'en l'absence de tout recours parallèle, le Conseil d'Etat jusqu'en 1912 déclarait irrecevables les recours en excès de pouvoir présentés dans ces conditions (67). Mais l'arrêt Lafage du 8 mars 1912 (68) a inauguré un revirement complet de cette jurisprudence. A partir de cet arrêt, les agents ont pu présenter au Conseil d'Etat de nombreux recours en excès de pouvoir aboutissant en fait à une condamnation de principe de l'administration, c'est-à-dire à la déclaration de sa responsabilité pécuniaire.

Les employés des établissements publics hospitaliers peuvent donc présenter aux tribunaux administratifs des recours en excès de pouvoir tendant à faire annuler des délibérations de la commission administrative qui leur refusent, en tout ou en partie, des paiements, auxquels selon les lois et les règlements ils ont droit. Cette possibilité n'est pas sans faciliter

(67) Voir notamment Théveneau, 15 février 1907, Lebon p. 162.
(68) Lebon, p. 353.

grandement à ces agents la sauvegarde juridictionnelle de leurs droits.

Remarquons en terminant qu'en fait, au point de vue de la responsabilité découlant soit de l'excès de pouvoir, soit de toute autre cause, les deux recours sont susceptibles d'être introduits conjointement. Ils constituent deux étapes dans la réclamation de l'agent atteint dans ses droits par l'excès de pouvoir. Mais souvent, le réclamant a intérêt à séparer les deux actions.

B) *Personnes qui peuvent agir contre les décisions individuelles.* — Au point de vue du cercle des personnes qui peuvent déférer au Conseil Interdépartemental de Préfecture les décisions individuelles prises par la Commission administrative, la distinction du recours en annulation et du recours de pleine juridiction garde toute sa valeur.

Pour agir en indemnité, il faut avoir subi un dommage présent et matériel, un dommage évaluable en argent. Pour agir en nullité, par contre, il suffit que la décision irrégulière soit susceptible d'atteindre plus tard la personne dans ses droits, encore qu'actuellement il n'y ait pas de grief.

Il est vrai que le Conseil d'Etat a notablement restreint depuis le début du siècle le cercle des requérants en matière d'excès de pouvoir. Il faut aujourd'hui que le requérant ait un intérêt légitime et personnel pour agir. L'appartenance à un même corps d'agents ne saurait plus suffire pour justifier le recours juridictionnel.

Ne sauraient agir contre une nomination irrégulière les agents d'une classe supérieure à celle dans laquelle la nomination a lieu, car ils n'en subissent aucun préjudice. Seuls les agents de la même classe ou des classes inférieures, susceptibles d'accéder à ces postes, pourront agir. De même faut-il décider que les agents d'un corps de fonctionnaires (par exemple les médecins hospitaliers) ne peuvent agir contre la nomination ou l'avancement irréguliers d'un agent faisant partie d'un autre corps (employés administratifs) (69).

Il est admis d'ailleurs que les associations d'agents, constituées pour la défense des intérêts communs, peuvent agir en excès de pouvoir dés lors que la mesure irrégulière est suscep-

(69) Voir Alibert, p. 112, et Spach, jurisprudence citée page 69,

tible d'atteindre des agents, dont elles ont pour objet de sauvegarder les intérêts.

d) *Effets de l'annulation des décisions individuelles*

Les recours en excès de pouvoir intentés par les agents à l'occasion d'actes individuels irréguliers aboutissent à l'annulation des actes.

Les recours de pleine juridiction tendent à déterminer la réparation due à l'agent des dommages qui lui ont été causés.

On se rend compte sans peine que les effets des sentences prononcées dans l'un et l'autre cas sont nettement différents.

Leur détermination est plus simple pour le recours de pleine juridiction que pour le recours en excès de pouvoir. Examinons-les au seul point de vue de la responsabilité de l'administration envers ses agents.

A) *Effets de la sentence intervenue à l'occasion d'une réclamation aux fins d'indemnité.* — Toute condamnation pécuniaire n'a d'effet, cela est évident, qu'au profit du demandeur. Les sentences accordant des indemnités aux agents nommément désignés ne profitent pas, en principe, aux autres agents. Elles ne produisent qu'un effet relatif.

Mais il ne faudrait pas se méprendre sur la portée de cette affirmation. L'administration publique est pénétrée d'une forte moralité interne. Elle doit placer, bien plus que les particuliers, l'équité au-dessus de son intérêt pécuniaire immédiat. A la suite d'une sentence qui la déclare débitrice envers un agent, elle ne saurait rester inaccessible aux réclamations gracieuses formées par d'autres agents, qui se trouvent dans une situation comparable. Elle examine leur situation, encore que les délais pour former un recours contentieux soient expirés. En principe, il est vrai qu'il reste une différence appréciable : l'impossibilité de faire sanctionner par un tribunal l'inapplication de la solution qui se dégage de la sentence à d'autres cas d'espèce. Aussi, le plus souvent, le recours hiérarchique, dans ces cas, remplacera-t-il utilement le recours juridictionnel. Citons toutefois l'importante exception du retrait des actes identiques inaugurée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Suivant cette jurisprudence, l'administration est tenue à la

suite de l'annulation contentieuse d'une décision individuelle de rapporter toutes les autres décisions identiques, liées à la première par un lien de connexité, encore que les délais en vue de les déférer au juge soient expirés (70). Mais le retrait ne saurait produire aucun effet rétroactif dans ce cas.

Comment l'agent vainqueur au contentieux obtiendra-t-il le paiement ? En matière de contentieux de l'indemnité, l'agent n'est pas désarmé devant l'administration qui faillit à son obligation d'exécuter la chose jugée. Il peut profiter, d'accord avec l'autorité de tutelle, d'une énergique voie d'exécution : l'inscription d'office de la dépense au budget, voie d'exécution qui, de l'avis du Conseil d'Etat et des auteurs, peut s'exercer en dehors de tout texte l'autorisant (71). La même solution pourra intervenir en matière d'annulation pour excès de pouvoir de décisions refusant des allocations pécuniaires.

B) *Effets de la sentence prononcée à la suite d'un recours en annulation en matière de responsabilité envers l'agent.* — Alors que la sentence prononçant une indemnité crée toujours une situation simple et ne porte pas atteinte, en principe, à la situation des tiers, la sentence d'annulation met souvent la Commission administrative dans un véritable embarras. Trois facteurs viennent compliquer la question de l'exécution de la chose jugée en cette matière.

D'une part, en pure logique, les conséquences de la sentence sont souvent complexes et incertaines.

Il ne suffirait pas de ne prendre en considération que le dispositif de la sentence, mais il importe d'en fouiller les motifs, motifs qui, on le sait, ne sont pas toujours exprimés d'une façon suffisamment complète dans les « considérants ». Si la décision a été exécutée et a créé des situations complexes, il est souvent impossible de revenir à un état ancien de la vie administrative.

D'autre part, si la Commission administrative est liée à l'obligation d'exécuter la chose jugée, elle reste, ne l'oublions pas, indépendante du juge administratif, qui ne peut entrer dans le domaine de l'administration pour vaincre le refus de

(70) Voir not. C.E. d'Haussey 29-15-35 et Glon 26-1-34, Lebon 134.
(71) Maspétiol et Laroque, *op. cit.*, p. 278.

donner à la sentence toutes les conséquences que logiquement elle comporte.

Le principe de l'indépendance de l'administration active devant le juge administratif vient fortement nuancer le problème de l'exécution des sentences d'annulation.

Enfin, l'intérêt légitime des tiers, c'est-à-dire des autres agents, qui ont régulièrement pu acquérir des droits s'opposant à l'exécution intégrale des décisions juridictionnelles, exige une grande circonspection dans la détermination des effets des décisions.

On voit sans peine qu'il ne suffirait pas de dire que l'annulation produit un effet *erga omnes* et entraîne automatiquement la nullité, l'inexistence de toutes les mesures qui sont incompatibles avec elle. Il importe de rechercher une position d'équilibre entre les trois intérêts en cause, l'intérêt des agents qui ont bénéficié de la décision irrégulière et de ceux qui ont obtenu l'annulation et l'intérêt de l'administration.

Le principe reste que l'annulation contentieuse des décisions administratives produit un effet *erga omnes*. La nullité a pour effet de supprimer l'acte dans toutes ses conséquences même rétroactives. Mais cet effet est fortement mitigé en raison tant de l'indépendance de l'administration active que des intérêts légitimes des autres agents.

α) *Portée de l'indépendance de l'administration envers le juge.* — Précisons d'abord la portée, en cette matière, de l'indépendance de l'administration envers le juge.

Cette indépendance n'est nullement absolue. D'abord, le Conseil d'Etat reconnaît à l'agent lésé par une décision incompatible avec sa sentence le droit de lui déférer pour excès de pouvoir le refus d'exécuter la chose jugée. Il assimile l'inobservation de la chose jugée à l'illégalité comme ouverture au recours. L'exécution de la chose jugée, en effet, est obligatoire pour l'administration autant que pour le particulier. Mais l'indépendance apparaît dans le domaine des voies d'exécution. Il n'y a aucun moyen légal, sauf l'action hiérarchique ou tutélaire, d'exécution forcée contre l'administration qui passe outre à la chose jugée. L'agent peut faire annuler les décisions contraires à la chose jugée. Mais il ne peut empêcher l'administration de

maintenir certains effets qu'elle a donnés à l'acte régulier. L'administration active possède le moyen de saboter l'exécution de la sentence.

En somme, l'indépendance, et par conséquent l'atteinte à la chose jugée, ne s'imagine qu'à l'occasion de l'exécution des actes contraires à la sentence. Certains actes, en effet, n'ont pas à être exécutés, mais produisent leurs effets de plein droit sans autre mesure ou opération administrative. Ainsi, si une décision disciplinaire n'entraînant aucun inconvénient de carrière (blâme) est annulée, l'annulation contentieuse la met à néant. La Commission administrative n'a aucune nouvelle décision à prendre. La sentence produit directement la suppression rétroactive de la sanction.

Mais voilà l'exception. La plupart des actes de la Commission administrative en matière de personnel entraînent des faits d'exécution et les effets de l'exécution ne disparaissent pas automatiquement par la décision juridictionnelle. L'annulation sera notifiée à la Commission administrative, afin qu'elle prenne de nouvelles mesures, qu'elle exécute certains actes. Mais l'obligation juridique d'exécuter la chose jugée n'est pas susceptible de sanctions envers l'administration active. Le juge n'a aucun pouvoir de substitution à son égard.

En matière de règlement intérieur et de personnel, la Commission administrative n'est pas en principe hiérarchiquement subordonnée à l'autorité centrale. La tutelle préfectorale s'exerce, rappelons-le, à l'occasion des décisions exécutoires, des délibérations et non à l'occasion des agissements d'exécution du service public. En tout état de cause, l'initiative des décisions n'appartient pas à l'autorité de tutelle. Elle est mise en mouvement par la délibération.

Pratiquement donc, l'inaction de la Commission administrative, de même que ses agissements contraires à la chose jugée peuvent rester sans sanction directe, parce que le tribunal administratif ne peut condamner la Commission administrative à des obligations de faire. Ils ne sont susceptibles que de sanctions indirectes : l'indemnisation pour les dommages subis, avec emploi éventuel de la procédure d'inscription d'office de

la dépense au budget, et la responsabilité personnelle et disciplinaire des membres de la Commission administrative.

Ainsi, l'annulation contentieuse de la révocation d'un fonctionnaire peut entraîner l'annulation contentieuse du refus même implicite de la Commission administrative de réadmettre l'intéressé dans son emploi, mais l'intéressé ne peut obtenir par voie de justice et par la force publique sa réinstallation. Devant le refus de la Commission administrative de le recevoir, il ne lui reste qu'à agir en dommages-intérêts. L'inexécution de la chose jugée entraîne toujours la responsabilité de l'administration.

Rappelons encore que l'agent peut bénéficier de l'inscription d'office au budget en matière d'annulation de décisions refusant des allocations pécuniaires.

β) *Effets de l'annulation.* — Supposons — c'est le seul point de vue conforme au droit — que la Commission administrative s'incline et exécute la chose jugée. Quels sont ses droits et obligations en présence d'une sentence annulant ses décisions de collation de fonctions, d'avancement, ses sanctions disciplinaires, etc... ?

1) *Annulation de décisions de collation de fonctions.* — Pour déterminer les conséquences de l'annulation, il est indispensable de connaître les motifs. L'annulation a pour effet de faire disparaître rétroactivement l'acte de nomination. La personne irrégulièrement nommée est réputée n'être jamais entrée dans les cadres de l'administration.

Mais qu'est-ce que cela veut dire au juste ? L'agent irrégulièrement nommé a exécuté les actes que comporte sa fonction et la jurisprudence est établie en ce sens que ces actes sont parfaitement valables. N'est-il pas légitime que la rémunération, contrepartie du service rendu, lui reste acquise ?

Tous les actes auxquels la nomination servait de soutien vont-ils être anéantis ? En principe, il faut répondre par l'affirmative (72). Les promotions ultérieures sont annulées par le fait de l'annulation de la nomination initiale. Le service passé entre une première nomination irrégulière annulée et une nouvelle nomination, régulière, ne saurait être mis en compte pour

(72) Voir Alcindor, C.E. 1-6-1906, Lebon, p. 517 et suivantes.

le calcul de l'ancienneté de l'agent. Les sanctions disciplinaires qui ont été prononcées tombent (73). Quant aux émoluments attachés à sa fonction, il semble qu'il ne soit pas possible d'en exiger le remboursement par l'agent, si ce dernier était de bonne foi. Ces émoluments représentent, en effet, la rémunération d'un travail effectif et utile. Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à juger que l'agent dont la nomination est annulée a droit à une rémunération équitable, calculée sur la base du traitement afférent au poste qu'il occupe (74).

Remarquons que les nominations rétroactives étant proscrites, la Commission administrative ne pourra rétroactivement couvrir l'acte de nomination contraire à la loi ou au règlement, sauf en certains cas où l'annulation était motivée par des vices de forme. En principe, la nouvelle décision ne vaudra que pour l'avenir.

Il est clair que l'annulation de la décision n'a pas nécessairement pour effet de créer en faveur du réclamant un droit à ce qu'une nouvelle décision soit prise. L'annulation, en effet, ne se justifie pas par des griefs subjectifs que subit le réclamant, mais par le vice objectif de l'acte contraire à la loi ou au règlement ou entaché dans sa forme, d'incompétence ou de détournement de pouvoir.

Ainsi, une nomination est-elle annulée à la requête d'un concurrent de la personne irrégulièrement nommée à la suite d'un concours, ce réclamant n'acquiert pas du fait de l'annulation un droit à la nomination. Si la nomination était illégale, il ne résulte nullement de son annulation que la nomination du réclamant est légale ; et ce qui est vrai en matière d'illégalité, est encore plus exact en matière de vice de forme ou d'incompétence, puisque dans une nouvelle décision cet excès de pouvoir pourra être évité.

Nous avons jusqu'à présent traité de l'annulation des décisions de collation de fonctions. Les solutions sont toutes différentes en matière de refus de collation. L'annulation de pareils refus n'implique-t-elle pas l'obligation de l'administration de procéder à la collation ? Malgré les apparences, il ne suffirait

(73) C.E. Favière, 11-12-1935.
(74) C.E. 16-1-31, S. 1931-3-57.

pas de répondre par l'affirmative dans tous les cas. Il faut distinguer selon le motif de l'annulation. En matière d'annulation pour illégalité du refus, l'agent vainqueur au contentieux a un droit à être nommé. Il n'en va pas nécessairement de même en matière d'annulation pour vice de forme ou incompétence. L'annulation du refus de nommer motivée par le vice de forme de la décision ne préjuge pas, en effet, la question du droit à la nomination.

2) *Annulation de décisions relatives à la promotion et à l'avancement.* — Nous trouvons, à l'occasion des sentences annulant des décisions qui accordent ou refusent des avancements de grade, les mêmes catégories d'intéressés que précédemment: l'agent visé par la décision, le réclamant et les autres agents du même cadre.

Logiquement, l'annulation aura pour effet de reclasser l'agent irrégulièrement promu ou avancé dans son ancien grade. Mais cette solution n'est pas toujours satisfaisante. Elle ne tient pas compte des lenteurs de la procédure contentieuse. Entre l'exécution de la décision et son annulation, de longs mois peuvent être passés, pendant lesquels l'agent irrégulièrement promu n'aurait eu aucun avantage de carrière (avancement, etc...), alors que ses collègues pourront en avoir bénéficié.

M. Alibert a signalé une évolution très intéressante dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en cette matière, et M. Spach montre comment, à partir de l'arrêt Rodière du 26 décembre 1925, l'annulation n'entraîne pas seulement le replacement de l'agent dans sa situation antérieure, mais comment elle entraîne de véritables révisions de carrière, révisions comportant même, par exception à la règle générale, des avantages de carrière rétroactifs, par exemple l'avancement à l'ancienneté et même l'avancement au choix. Mais ce redressement, cette révision de carrière doit avoir lieu dans de justes limites. Serait entachée d'excès de pouvoir la décision par laquelle la Commission administrative accorderait d'une manière abusive des avantages de carrière à l'agent, sous prétexte d'exécuter la chose jugée. Pareille décision pourrait être déférée au Conseil d'Etat ou au Conseil interdépartemental de Préfecture compétent pour violation de la chose jugée.

La situation se présente d'une manière plus simple en cas d'annulation de décisions portant refus d'avancement. Pour apprécier les effets de pareille annulation, il faudra, toutefois, se reporter aux motifs de la sentence.

3) *Annulation de sanctions disciplinaires.*

a) *Sanctions disciplinaires en général.* — Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que l'annulation contentieuse de sanctions disciplinaires entraîne la mise à néant pure et simple de la sanction. Mais, si la sanction disparaît du fait de la sentence, il n'en est pas de même de certains effets que l'administration a pu lui donner.

Si la sanction a eu pour conséquence de priver l'agent d'avantages dont il aurait pu légitimement jouir, la Commission administrative doit prendre l'initiative d'une sorte de révision rétroactive analogue à celle que nous venons de mentionner. Toutefois, si l'acte est annulé pour vice de forme ou incompétence, cette conséquence n'intervient pas nécessairement. Souvent dans ces cas, la Commission administrative pourra à nouveau infliger la sanction, en respectant cette fois les formes prescrites. Citons à titre d'exemple le cas où le règlement prévoit qu'avant de prononcer la sanction un conseil de discipline doit être entendu. Le défaut de réunion du conseil peut motiver l'annulation de la sanction, mais la Commission administrative pourra le plus souvent reprendre l'affaire après avoir saisi le conseil de discipline. L'exemple classique en cette matière c'est celui de la révocation ou du déplacement d'office sans communication préalable du dossier.

b) *Révocation.* — Quels sont les effets de l'annulation d'une délibération portant révocation ? La solution n'est pas exactement la même qu'en matière d'annulation de décisions refusant des avantages pécuniaires garantis par les règlements. L'annulation de la décision de révocation a pour effet de replacer l'agent dans le service. L'administration qui ne réintègre pas d'office et immédiatement l'agent en question devra lui payer une indemnité (75). Le Conseil d'Etat avait déjà rappelé dans

(75) R.E.B. 1935, page 134.

un arrêt du 24 juin 1925 (76) que l'annulation de la révocation d'un chirurgien d'hôpital pour excès de pouvoir doit entraîner immédiatement la réintégration de l'intéressé par la Commission administrative, sans qu'une réclamation soit nécessaire.

Le refus de réintégrer l'agent irrégulièrement révoqué ne peut être sanctionné que par une condamnation pécuniaire — encore faut-il exclure toute condamnation à des astreintes.

Ce qu'il importe de souligner, c'est que, dans ces cas, l'indemnité due à l'agent non replacé dans ses fonctions ne se détermine pas nécessairement d'après le montant du traitement afférent à la fonction. L'indemnité sera librement arbitrée par le tribunal *ex æquo et bono*, suivant l'importance du dommage effectif. Nous sommes, en effet, non pas en matière de réclamation d'allocations statutaires, mais dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique. Citons à titre d'exemple en matière hospitalière un arrêt en date du 13 juillet 1926 (77), par lequel le Conseil d'Etat n'a accordé à un économe pour la période écoulée entre une première révocation irrégulière et une seconde, régulière, période pendant laquelle il n'avait pu obtenir sa réintégration dans son poste, qu'une indemnité représentant une partie de son traitement normal.

Il y a quelques années encore, les solutions admises par le Conseil d'Etat en matière d'indemnité motivée par le refus de réintégrer l'agent manquaient d'uniformité. Jusqu'en 1933, le Conseil d'Etat, en effet, accordait aux agents de l'Etat dans ces cas à titre d'indemnité le montant du traitement afférent à la période en question (78), sans que ce privilège accordé aux agents de l'Etat par rapport aux autres agents ait pu être justifié d'une manière satisfaisante. Aujourd'hui, le Conseil d'Etat ne distingue plus à cet égard entre les deux catégories d'agents.

Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que dans le cas où l'agent irrégulièrement révoqué, sans avoir commis aucune faute de nature à atténuer la responsabilité de l'administration envers lui, n'a pu trouver aucun autre emploi — situation assez fréquente

(76) R.E.B. 1926, page 146.
(77) R.E.B. 1927, p. 68 et R.H. 1929, p. 138.
(78) Voir C.E. 9 décembre 1927, 1er mars 1929, D.H. 1929, page 257, et 18 novembre 1932.

en période de chômage — il devra obtenir une indemnité égale à son traitement.

Rappelons encore que dans toutes les hypothèses que nous venons de passer en revue, nous avons supposé que l'agent n'exerce pas en fait les fonctions dont il est irrégulièrement privé. Tout autre est le cas de l'agent en fonction qui réclame les avantages pécuniaires attachés à son poste. Cet agent, en effet, pourra obtenir la condamnation de l'administration au paiement des allocations réglementaires, en déférant au tribunal administratif la décision par laquelle l'administration a refusé de lui payer les émoluments garantis par les règlements. C'est le cas déjà signalé du recours en excès de pouvoir entraînant directement en faveur de l'agent des droits pécuniaires envers l'administration.

Il en est de même, croyons-nous, si le règlement en vigueur fixe la situation de l'intéressé et lui accorde le montant du traitement (79).

2° *Responsabilité en dehors de toute violation du statut et de la loi.* — Nous avons déjà annoncé ce cas exceptionnel de responsabilité exclusive de toute faute. Il importe de limiter l'exception aussi exactement que possible.

Dans les relations de l'administration avec son personnel, un seul cas de responsabilité pour cause de risque est admis en jurisprudence : le cas de l'indemnité pour brusque congédiement.

L'exception se justifie. Il eût été trop rigoureux de mettre des agents « sur le pavé », alors qu'ils avaient dû être congédiés dans le seul intérêt du service sans avoir commis une faute ou négligence motivant ce renvoi. Le Conseil d'Etat a pensé que, dans ce cas, il importait de donner à l'agent la possibilité de subsister, en attendant qu'il trouve une autre occupation.

Il n'y a là rien d'excessif ou d'anormal. Au contraire, le Conseil d'Etat s'est borné d'adapter aux conditions particulières du droit public un principe accepté en droit privé (80) en matière de louage de service, adaptation grandement facilitée par

(79) Voir en ce sens : C.E. 25-5-1932, Sieur Laurent.
(80) Voir article 1780 du Code Civil.

le caractère tout à fait général et même imprécis de l'article 1780 qui dit : « Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ».

Evidemment, ce n'est pas à une relation contractuelle de louage de service que le Conseil d'Etat l'applique en l'occurrence, du moins en principe. Mais, un juge prétorien comme le Conseil d'Etat peut se permettre d'appliquer un principe juridique reconnu à des situations ne répondant pas exactement aux textes qui l'expriment.

Il ne se réfère pas expressément au texte précité qu'il transpose sans le citer dans la théorie administrative.

Ce qui est remarquable, c'est que cette responsabilité construite sur la notion de risque, constitue ainsi une exception à la théorie administrative de la responsabilité, généralement réfractaire à l'emprise de la notion de risque.

L'indemnité est librement arbitrée par les tribunaux administratifs. Le Conseil d'Etat paraît s'attacher pour la déterminer aux circonstances dans lesquelles la révocation intervient; il tient compte notamment du délai accordé par l'administration, délai que parfois il estime suffisant, de la situation pécuniaire et de famille de l'intéressé, etc... (81).

Parfois, constatant que l'agent a lui-même commis une légère faute, il ne lui accorde qu'une indemnité peu élevée ou même lui refuse toute indemnité.

Les arrêts en matière de révocation d'agents de l'administration hospitalière sont assez nombreux. Nous n'en citons que les plus caractéristiques :

1° Arrêt du Conseil d'Etat du 28 février 1912 (82). La directrice d'un établissement hospitalier avait été révoquée, après plusieurs avertissements qui lui permettaient de demander la communication de son dossier. Elle n'avait pas profité de cette latitude. Le Conseil d'Etat lui accorda une indemnité avec les motifs suivants :

(81) Voir Conseil d'Etat, 15 mars 1912, *Revue de législation et d'administration hospitalières*, 1912, p. 116 : dans cette espèce, le Conseil d'Etat a estimé qu'un économe révoqué pour raison de négligence, « qui a reçu à partir du moment où il a été révoqué plus d'un mois de traitement n'est pas fondé à soutenir qu'il a été l'objet d'un brusque congédiement... ».

(82) R.E.B. 1913, p. 271.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la révoca-
« tion de la dame X... était justifiée par des fautes de ser-
« vice, mais que, à raison de l'âge de la requérante et de la lon-
« gue durée de ses fonctions de directrice, il y a lieu de lui
« accorder une indemnité... »

2° Arrêt du Conseil d'Etat du 7 janvier 1921 (83) : Une employée d'hôpital congédiée, alors qu'elle avait été dans la possibilité matérielle de réclamer la communication de son dossier, et à laquelle la Commission administrative avait accordé trois mois de traitement à partir de la date de son renvoi, obtint du Conseil d'Etat que l'indemnité fut triplée :

« Considérant qu'en raison du brusque congédiement dont
« elle a été l'objet, la dame X... a droit à une indemnité dont
« il sera fait une juste appréciation dans les circonstances de
« l'affaire — compte tenu de son traitement en argent et des
« avantages en matière de logement et de nourriture dont elle
« jouissait — en portant de 200 à 600 francs l'indemnité qui
« lui a été allouée par la commission administrative... »

3° Arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 1924 (84) : Une employée d'hôpital avait été renvoyée par la commission administrative dans les quarante-huit heures, en raison de propos injurieux qu'elle avait tenus à l'égard d'un administrateur. Le Conseil d'Etat lui a accordé une indemnité de brusque congédiement avec les motifs suivants :

« Considérant que, si les faits qui ont motivé cette révo-
« cation étaient suffisants pour justifier le congédiement de la
« demoiselle X..., ils n'étaient pas de nature à exiger le ren-
« voi immédiat de celle-ci; que dans ces conditions la requé-
« rante a droit à une indemnité de brusque congédiement... »

4° Arrêt du Conseil d'Etat du 10 août 1918 (85) : Un économe révoqué, alors qu'il a eu la possibilité de demander la communication de son dossier, obtient une indemnité, parce que ses « fautes n'étaient pas de nature à rendre légitime son renvoi immédiat sans indemnité ». Le montant de l'indemnité a été fixé « eu égard aux circonstances de l'affaire ».

(83) R.H. 1923, p. 177.
(84) R.E.B. 1924, p. 188.
(85) R.E.B. 1919, p. 58.

5° Arrêt du 18 octobre 1918 (86) rendu dans des circonstances et avec des motifs analogues que le précédent.

Notons que, dans tous ces cas, la révocation était non seulement régulière, mais même recommandée par les fautes commises par les agents dans leur service. La faute de l'agent n'exclut pas l'indemnité de brusque congédiement. En d'autres termes, le renvoi de l'agent ne doit être prononcé avec effet immédiat qu'en cas de besoin absolu, si l'intérêt du service l'exige.

L'indemnité de brusque congédiement ne saurait être obtenue que par la voie du recours de pleine juridiction et non pas par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cependant, au cas de refus d'indemnité basé sur le prétendu manque de droit, l'intéressé pourrait par la voie de l'excès de pouvoir, faire établir le principe du droit à indemnité en se pourvoyant contre la décision de refus émanant de la Commission administrative, quitte à discuter le montant de l'indemnité avec l'administration même, une fois le principe admis.

SECTION III

La responsabilité contractuelle envers les préposés de droit commun

En étudiant la responsabilité des établissements hospitaliers envers leurs administrés, nous avons eu l'occasion de rapporter et de critiquer la jurisprudence parue en matière de responsabilité de l'administration pour l'activité de ses auxiliaires liés à elle par des rapports de droit commun.

Cette fois, il s'agit de savoir quelle est la responsabilité qu'encourt l'administration envers ces préposés eux-mêmes.

Nous n'avons pas l'intention, dans notre étude plus spécialement consacrée aux particularités administratives de la responsabilité des établissements hospitaliers, d'étudier en détail les principes de la responsabilité de droit commun qu'encourt l'administration envers les personnes, dont exceptionnellement elle loue les services suivant les modes du droit privé,

(86) R.E.B. 1919, p. 169.

c'est-à-dire par voie de contrat. Nous nous contenterons de donner quelques indications d'ordre général.

La situation de l'agent engagé en vertu du règlement est susceptible de varier indépendamment de sa volonté, suivant l'initiative prise par la Commission administrative, qui doit être confirmée, il est vrai, par l'autorité de tutelle. L'administration peut adapter la situation de ses agents aux circonstances changeantes, économiques ou financières, sans qu'ils puissent s'opposer à ces changements.

Le préposé, par contre, a une situation figée une fois pour toutes dans les termes d'un contrat exprès ou tacite. Théoriquement, il en retire plutôt des avantages que des inconvénients. L'administration ne pourra pas lui imposer de changement dans sa situation, à moins de dénoncer son emploi. C'est ce qui explique que l'administration ne recourt au contrat privé que dans des cas exceptionnels.

Il est vrai que dans le contrat à durée indéterminée, cette différence n'est pas aussi grave qu'on serait tenté de l'admettre. Le commettant a un moyen facile et commode de se débarrasser du personnel, qui devient trop onéreux pour lui ou qui ne lui donne plus satisfaction : il le congédie. Il est vrai que la Commission administrative, qui arrête le statut du personnel, a des facilités analogues pour renvoyer le personnel engagé en vertu du statut, à moins qu'elle ne lui ait accordé des garanties de stabilité constituant des droits acquis. Il suffit qu'elle n'accorde pas aux agents pareilles garanties de stabilité. Dans les deux cas, le principe de l'indemnité de brusque congédiement est admis (87).

Mais, à part ce moyen brutal et parfois contre-indiqué du congédiement, il reste que les différences entre les deux situations sont profondes et importantes.

Sans entrer dans la discussion des théories du louage de service, il importe de rappeler en quelques propositions les principes essentiels de la responsabilité de l'administration résultant du caractère contractuel de ses rapports avec le loueur de services.

(87) Voir pour le préposé article 1780 du Code Civil, alinéas 3 à 5, et pour les agents administratifs la jurisprudence du Conseil d'Etat que nous venons de rapporter.

La principale obligation contractée par le locataire est le paiement du salaire. Ce salaire, arrêté lors de l'engagement de l'ouvrier, ne peut durant le contrat être modifié par la seule volonté du patron. Il faudrait, pour le modifier, un nouvel accord des parties.

La Commission administrative, qui veut modifier le salaire qu'elle paie à un ouvrier engagé par contrat privé, n'a donc qu'une ressource en cas de refus de l'ouvrier : dénoncer la convention et contracter à nouveau. Mais jusqu'à expiration de l'ancienne convention par dénonciation régulière l'ancien salaire doit être payé. Tous les contrats ne sont d'ailleurs pas sujets à dénonciation : les engagements à durée fixe ne prennent fin que par l'expiration de la période pour laquelle ils ont été conclus. Pendant toute cette période, la Commission administrative doit payer le salaire convenu et ne peut, sans engager sa responsabilité pour rupture de contrat, renvoyer le loueur de services, sauf les cas de force majeure et de résolution pour inexécution des engagements. Soulignons une autre conséquence du caractère contractuel de la fixation du salaire : si le montant n'a pas été exactement déterminé, ce n'est pas à l'administration qu'il appartiendra de le fixer unilatéralement avec caractère obligatoire.

En cas de désaccord, il appartiendra au tribunal judiciaire de procéder à cette fixation.

Le caractère irrévocable affecte également le mode de calcul du salaire (travail à la journée, à la semaine, etc..., travail à la pièce, etc...), et la nature du travail visé dans le contrat.

Il va sans dire que toutes les difficultés auxquelles donne lieu le contrat de louage de services, sont de la compétence des tribunaux ordinaires, à l'exclusion des tribunaux administratifs. Toutefois, lorsque le tribunal rencontre une difficulté d'interprétation d'un règlement administratif, il doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle soit tranchée par le tribunal administratif compétent.

D'une manière plus générale, rappelons que le domaine du contrat est nécessairement limité. Or, en dehors du domaine du contrat, la compétence administrative reste entière. Admettons, par exemple, que, par suite d'un défaut de surveillance de

l'administration, le préposé soit victime d'un vol et se propose d'agir en dommages-intérêts contre l'administration. Dans ce cas, il fait valoir une faute de service de l'administration et il ne saurait agir devant le juge ordinaire, car il n'apparaît pas, dans cette action, comme le co-contractant de l'administration, mais comme un simple particulier, comme un tiers subissant un dommage du fait de la mauvaise exécution du service public. Seuls les tribunaux administratifs peuvent connaître de pareille action.

L'assimilation au préposé du droit privé, exceptionnelle en matière administrative, est strictement limitée au domaine d'activité, en vue duquel elle a été décidée par la Commission administrative. Ce domaine, c'est le contrat de travail. La Commission ne saurait renoncer, même pas par une clause de ce contrat, à sa prérogative de puissance publique, en matière de responsabilité pour faute extracontractuelle. La compétence, en matière administrative est d'ordre public et, par conséquent, en dehors du domaine de la convention.

La même idée nous avait guidé quand il s'agissait de déterminer si l'établissement public hospitalier était justiciable des tribunaux administratifs comme civilement responsable envers les tiers, victimes de l'activité de ces mêmes auxiliaires.

Pour le personnel cocontractant de l'administration, de même que pour le personnel administratif proprement dit, nous avons réservé la question de la législation sociale. Dans quelle mesure l'administration est-elle astreinte à la législation sociale en vigueur, et quelle est la responsabilité qu'elle encourt envers son personnel en cette matière ?

SECTION IV

La responsabilité en matière de législation sociale

Est-il nécessaire de faire ressortir le caractère universel des considérations, qui ont engagé le législateur à entourer de garanties particulières la sécurité des travailleurs et de leurs

familles ? *A priori*, il semble qu'elles valent pour l'administration publique autant que pour l'employeur privé. Bien plus, l'administration ne se doit-elle pas de donner dans le domaine de la prévoyance sociale le mot d'ordre et le modèle !

Il n'est donc pas étonnant que le législateur ait prescrit que ces mesures soient appliquées par l'administration et notamment par les personnes administratives décentralisées, à qui le souci de l'équilibre financier a trop souvent fait perdre de vue la situation pécuniairement indigne de certains de leurs agents.

Et cette législation, du moins dans ses parties essentielles, s'applique indifféremment aux agents régis par le statut et aux préposés qui ont loué leurs services, fait qui explique pourquoi nous lui réservons une section spéciale.

Pour l'étude détaillée de la législation sociale, nous renvoyons aux nombreux manuels et aux monographies qui ont été publiés. Nous nous bornons à préciser, dans quelle mesure la responsabilité des établissements publics hospitaliers est engagée au cas où cette législation est mal ou pas appliquée.

La législation sociale a pour but essentiel de mettre le préposé, l'agent et leurs familles à l'abri des divers risques qu'ils courent quant à leur capacité d'assurer la subsistance (maladie, invalidité, vieillesse), et de leur assurer des conditions de travail compatibles avec les conceptions modernes de l'hygiène et de la protection de la main-d'œuvre (durée et hygiène du travail, indemnités de charges de famille, etc...).

Quelles sont les prescriptions légales s'appliquant aux établissements hospitaliers et tendant à réaliser ces buts ?

§ 1. — La responsabilité résultant de l'inobservation de la réglementation du travail

I. — *Mesures s'appliquant dans les établissements publics hospitaliers*

La variété de ces mesures nous oblige à les examiner à tour de rôle. Nous adopterons l'ordre suivant :

1° Travail des enfants et des femmes. Femmes en couches;
2° Travail de nuit ;
3° Repos hebdomadaire et vacances payées ;
4° Hygiène et sécurité des travailleurs ;
5° Contrat de travail des mobilisés ;
6° Durée du travail ;
7° Allocations familiales ;
8° Certificat de travail ;
9° Cession et saisie des salaires et traitements. Retenues.

1) *Travail des enfants et des femmes. Femmes en couches.*

Voici les textes essentiels réglant cette matière :

Code du travail, I^er^ livre, art. 29 :

« La suppression du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture par l'employeur du contrat de louage de services, et ce à peine de dommages-intérêts au profit de la femme. Celle-ci devra avertir l'employeur du motif de son absence. Toute convention contraire est nulle de plein droit. L'assistance judiciaire sera de plein droit pour la femme devant la juridiction du premier degré. »

Art. 29 *a* (loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couches) :

« Les femmes en état de grossesse apparente pourront quitter le travail sans délai-congé et sans avoir de ce fait à payer une indemnité de rupture. »

Livre II, art. 54 *a* : (loi du 17 juin 1913 précitée) :

« Dans tout établissement industriel ou commercial ou dans ses dépendances, de quelque nature qu'il soit, public ou privé, même s'il a un caractère professionnel ou de bienfaisance, il est interdit d'employer des femmes accouchées dans les quatre semaines qui suivent leur délivrance. »

Art. 54 *b* (loi du 5 août 1917) :

« Dans les mêmes établissements, pendant une année à compter du jour de la naissance, les mères allaitant leurs enfants disposent à cet effet d'une heure par jour durant les heures de travail. »

Les articles 54 *c*, *d*, *e* précisent les obligations du patron en vue d'assurer l'exécution de cette prescription.

Les *cinq premiers articles du livre II du Code du travail* précisent que « les enfants ne peuvent être employés ni être admis dans les usines, manufactures, mines, minières et carrières, chantiers, ateliers et leurs dépendances, de quelque nature que ce soit, publics ou privés, laïques ou religieux, même lorsque ces établissements ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance, avant l'âge de treize ans révolus. Cette disposition est applicable aux enfants placés en apprentissage dans un de ces établissements. »

Retenons encore ce que dit l'*article* 5 :

« Dans les orphelinats et institutions de bienfaisance visés à l'article premier et dans lesquels l'instruction primaire est donnée » (situation qui se rencontre dans divers établissements hospitaliers), « l'enseignement manuel ou professionnel, pour les enfants de moins de treize ans, sauf pour les enfants âgés de douze ans munis du certificat d'études primaires, ne peut pas dépasser trois heures par jour. »

Code du Travail, livre II, articles 72 *et* 73 :

« Pour tous les établissements désignés à l'article premier et à l'article 65 les différents genres de travail présentant des causes de danger ou excédant les forces, ou dangereux pour la moralité, qui sont interdits aux enfants de moins de dix-huit ans et aux femmes, sont déterminés par des règlements d'administration publique.

Les enfants, ouvriers ou apprentis, âgés de moins de dix-huit ans et les femmes ne peuvent être employés dans des établissements insalubres ou dangereux rentrant dans les catégories visées par l'article premier, où l'ouvrier est exposé à des manipulations ou à des émanations préjudiciables à sa santé, que sous les conditions spéciales déterminées par des règlements d'administration publique pour chacune de ces catégories de travailleurs. »

Un décret du 21 mars 1914 sur les travaux dangereux pour les enfants et les femmes est venu établir toute une multitude d'interdictions en exécution des textes susrapportés.

2) *Travail de nuit..*

Le travail de nuit est réglementé par les articles 20 à 29 du livre II du Code du Travail. Citons les articles les plus importants :

Art. 20 (loi du 28 mars 1919) :

« Il est interdit d'employer des ouvriers à la fabrication du pain et de la pâtisserie entre dix heures du soir et quatre heures du matin.

« Cette interdiction s'applique à tous les travaux qui, directement ou indirectement, concourent à la fabrication du pain et de la pâtisserie. »

Art. 21 (loi du 24 janvier 1925) :

« Les enfants, ouvriers ou apprentis, âgés de moins de dix-huit ans et les femmes ne peuvent être employés à aucun travail de nuit dans les établissements énumérés à l'article premier.

« Les enfants âgés de moins de dix-huit ans ne peuvent également être employés à aucun travail de nuit dans les entreprises de transport de personnes ou de marchandises par route, voie ferrée et dans les entreprises de chargement et de déchargement. »

Art. 22 (loi du 24 janvier 1925) :

« Tout travail entre 22 heures et 5 heures est considéré comme travail de nuit. »

Art. 23 (loi du 24 janvier 1925) :

« Le repos de nuit des enfants de l'un ou l'autre sexe et des femmes doit avoir une durée de onze heures consécutives au minimum. »

3) *Repos hebdomadaire et congé payé.*

L'*article* 31 *du livre II* du Code du Travail dispose :

« Il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un même employé ou ouvrier. »

L'*article* 32 dit :

Le repos hebdomadaire doit avoir une durée minima de 24 heures consécutives. »

L'*article* 33 ajoute :

« Le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche. »

L'*article* 34 enfin établit des exceptions à cette règle :

« Toutefois, lorsqu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tout le personnel d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le repos peut être donné, soit constamment, soit à certaines époques de l'année seulement, ou bien :

a) Un autre jour que le dimanche à tout le personnel de l'établissement ;

b) Du dimanche midi à lundi midi ;

c) Le dimanche après-midi avec une repos compensateur d'une journée par roulement et par quinzaine ;

d) Par roulement à tout ou partie du personnel. »

L'*article* 38 prévoit :

« Sont admis de droit à donner le repos hebdomadaire par roulement les établissements appartenant aux catégories suivantes :

1), 2), 3)...

4) Hôpitaux, Hospices, Asiles, Maisons de retraite et d'aliénés, Dispensaires, Maisons de Santé, Pharmacies, Drogueries, Magasins d'appareils médicaux et chirurgicaux ;

5) Etablissements de bains. »

Citons encore l'*article* 52 qui dispose :

« Les enfants, ouvriers ou apprentis, âgés de moins de 18 ans, et les femmes ne peuvent être employés dans les établissements énumérés à l'article premier les jours de fête reconnus par la loi, même pour rangement d'atelier. »

Cependant, l'*article* 53 ajoute :

« Néanmoins, dans les usines à feu continu, les enfants du sexe masculin et les femmes majeures peuvent être employés tous les jours de la semaine, à la condition qu'ils aient au moins un jour de repos par semaine. »

L'*article* 54 vise le cas spécial des apprentis :

« Les enfants placés à l'apprentissage chez un fabricant, un chef d'atelier ou un ouvrier ne peuvent être tenus dans aucun

cas vis-à-vis de leur maître à aucun travail de leur profession, les dimanches et jours de fête reconnues ou légales. »

Une *loi du* 26 *juin* 1936 est venue ajouter plusieurs articles (allant de 54 *f* à 54 *j*) au livre II du Code du Travail, en vue d'instituer un congé annuel payé obligatoire. Voici le texte de l'alinéa premier de l'article 54 *f* :

« Tout ouvrier, employé, apprenti occupé dans une profession industrielle, commerciale ou libérale ou dans une société coopérative, ainsi que tout compagnon ou apprenti appartenant à l'atelier artisanal a droit, après un an de service continu dans l'établissement, à un congé annuel continu payé d'une durée minimum de 15 jours comportant au moins 12 jours ouvrables. Si la période ordinaire des vacances dans l'établissement survient après six mois de service continus, l'ouvrier, employé, compagnon ou apprenti aura droit à un congé continu payé d'une semaine. »

Citons encore l'*article* 54 *h* qui prescrit que :

« Tout accord comportant la renonciation par l'ouvrier, l'employé, le compagnon ou l'apprenti au congé prévu par les dispositions qui précèdent même contre l'octroi d'une indemnité compensatrice est nul. »

4) *Hygiène et sécurité des travailleurs..*

Le Code du Travail contient de très nombreuses dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité du travailleur, dispositions consignées notamment dans les *articles* 65 *et suivants.*

L'*article* 65 du livre II prévoit que ces dispositions sont applicables dans les établissements ayant un caractère de bienfaisance (usines, chantiers, ateliers, laboratoires, cuisines, caves, échais, magasins, boutiques, bureaux, entreprises de chargement et de déchargement, etc...)..

L'*article* 66 pose l'obligation de tenir les établissements dans un état constant de propreté et de réaliser les conditions d'hygiène et de salubrité nécessaires à la santé du personnel. Les machines, appareils, engins, etc... doivent être installés et tenus dans les meilleures conditions possibles de sécurité.

L'*article* 66 *a* prévoit certaines mesures de protection pour

les ouvriers travaillant dans les puits, conduites, fosses, etc.

L'*article* 66 *b* interdit l'introduction ou la distribution dans les établissements de toutes boissons alcooliques autres que le vin, la bière, le cidre, le poiré, l'hydromel non additionnés d'alcool. Aucune personne en état d'ivresse ne peut séjourner dans ces établissements. Les décrets des 10 juillet et 13 août 1913 ont réglementé la protection et la salubrité des établissements en ce qui concerne l'éclairage, l'aération, la ventilation, les eaux potables, les fosses d'aisance, etc., etc... Parmi ces dispositions spéciales, citons celle contenue dans l'article 79 qui interdit l'emploi de la céruse dans tous les travaux de peinture exécutés par les ouvriers.

Citons également le décret du 13 août 1913 concernant le couchage du personnel dans les établissements et plusieurs décrets du 1er octobre 1913 réglementant la manipulation du linge sale dans les ateliers de blanchissage, l'emploi des objets ayant servi à des pansements, la protection des travailleurs dans les établissements qui mettent en œuvre des courants électriques, la protection des ouvriers dans les chantiers de travaux à l'air comprimé et enfin un décret du 9 août 1925 édictant des mesures particulières de protection et de salubrité applicables dans les chantiers du bâtiment et des travaux publics.

5) *Contrat de travail des réservistes appelés à faire une période d'instruction militaire.*

L'*article* 25 *du livre I* du Code du Travail prescrit :

« En matière de louage de service si un patron, un employé ou un ouvrier est appelé sous les drapeaux comme réserviste ou territorial pour une période obligatoire d'instruction militaire, le contrat de travail ne peut être rompu à cause de ce fait. »

L'*article* 26 ajoute :

« Alors même que pour une autre cause légitime, le contrat serait dénoncé par l'une des parties, la durée de la période militaire est exclue des délais impartis par l'usage pour la validité de la dénonciation, sauf toutefois dans le cas où le contrat

de louage a pour objet une entreprise temporaire prenant fin pendant la période d'instruction militaire. »

6) *Durée du travail.*

La réduction de la durée du travail a été considérée à la fois comme une suite logique et nécessaire du machinisme et comme le moyen de salut le plus efficace pour vaincre la crise du travail qui a suivi son épanouissement.

L'*article* 6 du Code du Travail qui règle la matière a été modifié par une loi du 21 juin 1936. Il a aujourd'hui la teneur suivante :

« Dans les établissements industriels, commerciaux, artisanaux et corporatifs ou dans leurs dépendances de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés, laïques ou religieux, même s'ils ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance, y compris les établissements publics hospitaliers et les asiles d'aliénés, la durée du travail effectif des ouvriers et employés de l'un ou l'autre sexe et de tout agent ne peut excéder quarante heures par semaine. »

L'*article* 7 nouveau prévoit que des décrets rendus en Conseil des Ministres déterminent par profession, par industrie ou par catégorie professionnelle les modalités d'application de l'article 6.

En matière hospitalière, la loi s'applique non seulement aux ouvriers et employés, mais même au reste du personnel (personnel hospitalier et servant), en vertu du décret du 22 mars 1937 qui en fixe les modalités d'application aux hôpitaux, hospices, cliniques, etc.

7) *Allocations familiales.*

L'obligation légale de payer au personnel salarié des allocations pour charges de famille est l'innovation la plus récente en matière de législation sociale en France.

La loi qui régit actuellement cette matière est celle du 31 mars 1932 (Voir Code du Travail, *livre I*^{er}, *articles* 74 *a à* 74 *k*).

L'institution consiste dans l'organisation de caisses de compensation patronales, auxquelles les patrons occupant des ouvriers doivent obligatoirement s'affilier. Son but est, d'une part,

de garantir à tous les salariés le paiement d'allocations familiales uniformes et, d'autre part, de répartir entre les entrepreneurs la charge de ces allocations. Le montant des allocations est déterminé par le Ministre du Travail. Il varie suivant le nombre des enfants.

La question de l'application de la loi sur les allocations familiales au personnel des établissements publics hospitaliers n'est pas encore résolue.

Elle est actuellement à l'étude au Ministère de la Santé Publique.

Mais il paraît certain que l'obligation s'appliquera à bref délai à ce personnel.

8) *Certificat de travail..*

« Toute personne » — dit l'*article* 24 *du livre I*[er] du Code du Travail — « qui engage ses services peut, à l'expiration du contrat, exiger de ceux à qui elle les a loués, sous peine de dommages-intérêts un certificat contenant exclusivement la date de son entrée, celle de sa sortie et l'espèce de travail auquel elle a été employée. »

Les certificats établis dans cette forme sont exempts de timbre et d'enregistrement.

Les termes de l'article 24 semblent à première vue exclure la situation statutaire des ouvriers d'administration. Il parle expressément d' « expiration du contrat ».

Mais il ne faut pas, à notre avis, s'arrêter dans cette matière à des ambiguïtés d'expression. Le législateur, en instituant l'obligation, n'a certainement pas songé à la distinction entre les relations contractuelles de droit commun et les relations statutaires du droit administratif. La loi est inspirée par le désir de permettre à l'ouvrier de justifier à tout moment de son activité passée et à l'employeur de contrôler la formation et la capacité de celui qu'il doit embaucher. On ne voit pas pourquoi il aurait accordé moins de droits au personnel de l'administration.

Il faut admettre que tout membre du personnel au service de l'administration hospitalière a le droit d'obtenir au moment de son départ le certificat d'occupation.

9) *Compensation des salaires et traitements par l'administration.*

Plusieurs auteurs ont signalé une anomalie en matière de saisie et de retenue de salaires : le patron est moins favorisé pour compenser que le créancier ordinaire pour saisir. En effet, alors que la saisie sur salaires et traitements peut être faite jusqu'au dixième, pour les traitements inférieurs à 15.000 fr., jusqu'au cinquième pour la portion du traitement comprise entre 15.000 et 25.000 francs, jusqu'au quart pour la portion comprise entre 25.000 et 40.000 francs, etc..., la retenue par voie de compensation n'est permise que jusqu'au dixième dans tous les cas et quel que soit le montant du traitement ou du salaire.

L'*article* 51 du livre I[er] du Code du Travail ne permet aucun doute à cet égard :

« Tout patron » — dit-il — « qui fait une avance en espèces, en dehors du cas prévu par le paragraphe 3 de l'article précédent, ne peut se rembourser qu'au moyen de retenues successives ne dépassant pas le dixième du montant des salaires exigibles.

« La retenue opérée de ce chef ne se confond ni avec la partie saisissable, ni avec la partie cessible déterminée à l'article 62. »

L'*article* 50 a la teneur suivante :

« Aucune compensation ne s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires dus par eux à leurs ouvriers et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature, à l'exception toutefois :

1° Des outils et instruments nécessaires au travail ;

2° Des matières ou matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage ;

3° Des sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets. »

Aucun doute n'est possible quant à l'application de ces textes au personnel des établissements publics hospitaliers (ouvriers, employés, servants, etc...).

II. — *Question de compétence : La juridiction prud'hommale*

Pour pouvoir nous faire une idée exacte de la responsabilité que peut encourir l'établissement hospitalier en matière de législation ouvrière, il est indispensable de poser d'abord la question de compétence.

Les Conseils de prud'hommes sont des tribunaux d'exception dont la compétence est d'attribution. Les textes instituant cette compétence doivent donc être interprétés restrictivement.

Or, l'article premier du livre IV du Code du Travail dispose :

« Les Conseils de prud'hommes sont institués pour terminer par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage dans le commerce et l'industrie entre les patrons et leurs représentants et les employés, ouvriers et apprentis de l'un et de l'autre sexe qu'ils emploient.

Ils jugent dans les conditions de compétence déterminées par le chapitre VII du présent livre, les différends à l'égard desquels la conciliation a été sans effet. »

L'alinéa 4 précise : « Néanmoins ils ne peuvent connaître des actions en dommages-intérêts motivées par des accidents dont les ouvriers ou employés ou apprentis auraient été victimes. »

Dans l'interprétation restrictive, deux raisons paraissent s'opposer à la compétence des Conseils de prud'hommes pour connaître des difficultés nées entre l'administration publique et son personnel :

D'une part, le texte ne vise que les différends s'élevant à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage, alors que les relations qui se forment entre l'administration et son personnel ne sont pas, en général, des relations contractuelles.

D'autre part, il paraît difficile d'assimiler l'administration publique aux entreprises du commerce et à l'industrie, alors qu'elle ne prend le caractère de ces entreprises qu'à titre tout à fait exceptionnel.

La jurisprudence s'est surtout attachée à la première de ces deux raisons pour refuser aux Conseils de prud'hommes de

connaître des différends s'élevant entre l'administration publique et son personnel. Cette jurisprudence est constante (88).

En matière de relations entre les compagnies de chemins de fer et leurs agents la compétence des Conseils de prud'hommes est admise. Il faut en conclure que ces tribunaux sont compétents d'une manière générale, dès lors que les relations entre l'administration et le personnel sont régies par le droit privé et que l'administration considérée est un service public industriel (89). Mais le personnel des services publics non industriels engagé par contrat privé est-il également justiciable des Conseils de prud'hommes ?

Tirant argument de la deuxième raison sus-indiquée, s'opposant à la compétence des dits conseils en matière administrative, nous répondons par la négative. Les Conseils de prud'hommes ne sont compétents qu'en matière commerciale ou industrielle. Cette solution se dégage d'ailleurs, par voie d'analogie, des décisions intervenues en matière de litiges s'élevant entre les maîtres de maison et les gens de service, litiges qui, suivant un jurisprudence constante, ne sont pas non plus de la compétence des Conseils de prud'hommes, solution importante, puisqu'elle exclut la compétence des Conseils de prud'hommes pour les litiges s'élevant avec le personnel servant des établissements publics hospitaliers.

En somme, concernant les relations entre l'administration hospitalière et ses agents, les Conseils de prud'hommes ne sont compétents que si les conditions suivantes se trouvent réunies:

1° Existence d'un contrat privé de louage de services liant la personne à l'administration ;

2° L'administration est un service public industriel ;

3° L'agent est un employé, un ouvrier ou un apprenti.

Or, il suffit de nous reporter aux explications que nous avons fournies, en étudiant la question de l'application de la théorie des services publics industriels à l'administration hos-

(88) Voir entre autres : Conseil d'Etat 19 décembre 1906, D.P. 1908-3-59, Cass. Civ. 18 mai 1908, D.P. 1909-1-188 avec les conclusions de M. Baudouin ; la note de M. Sarrut sous Cass. Civ. 28 avril 1896, D.P. 96-1-381, et Bordeaux 6 février 1911, D.P. 1912-2-48, Toulouse 20 juillet 1909, D.P. 1910-2-144. Cass. Civ. 18 juillet 1910, D.P. 1910-1-456.

(89) Voir en ce sens Cass. civ. 3 mai 1930, G.P. 1930-2-122 ; 15 janvier 1934, G.P. 1934-1-notes.

pitalière, pour nous rendre compte de la rareté des cas, dans lesquels le personnel de l'établissement public hospitalier pourrait agir devant le Conseil de prud'hommes.

Le Conseil de prud'hommes est une juridiction spéciale du droit privé. Lui refuser la compétence pour les litiges s'élevant entre l'administration et le personnel engagé par contrat privé ne revient pas à la refuser à tous les autres tribunaux ordinaires, notamment aux tribunaux de droit commun. Les tribunaux administratifs, en effet, sont également des tribunaux d'exception. Or, le contrat privé passé entre l'administration et ses auxiliaires, c'est précisément l'un des actes qui ne met pas en jeu la séparation des pouvoirs, puisqu'il est du domaine, reconnu licite par toutes les juridictions, de l'acte par lequel l'administration a renoncé à sa prérogative de puissance publique et s'est soumise d'avance — dans les limites du contrat, bien entendu — à la juridiction ordinaire. Il faut considérer, en effet, la législation sociale comme un élément sous-entendu, puisqu'obligatoire, du contrat.

Précisons donc que les différends s'élevant à l'occasion de la législation sociale entre les établissements publics hospitaliers et leurs auxiliaires engagés par voie de contrat privé sont en principe, sauf la compétence exceptionnelle des Conseils de prud'hommes, de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires. Les difficultés s'élevant entre l'administration hospitalière et ses agents régis par le règlement (employés, ouvriers, personnel servant, etc., suivant le cas) sont de la compétence exclusive des tribunaux administratifs, à moins que ne soit en jeu le principe de la liberté individuelle lui-même, dont la sauvegarde, dans tous les cas, reste confiée aux tribunaux ordinaires, exception à la vérité rare dans ce domaine, puisqu'elle présupposerait la violence employée par l'administration.

III. — *Responsabilité pour l'inobservation de la législation sociale*

Dans les cas exceptionnels, où les tribunaux ordinaires de droit commun ou le Conseil des prud'hommes sont compétents,

la responsabilité de l'administration apparaît comme plus sérieuse que dans les autres cas.

D'abord, le tribunal de droit commun a la possibilité de prononcer des sanctions bien plus graves envers l'administration que les tribunaux administratifs. Non seulement il peut la condamner à payer des indemnités pour le dommage moral, que le Conseil d'Etat persiste à refuser, mais surtout il n'hésite pas à condamner l'administration à des obligations de faire, en vue d'obtenir qu'elle se conforme aux prescriptions légales, alors que les tribunaux administratifs se contentent d'accorder des indemnités.

Il faut admettre, d'autre part, que dans de nombreux cas, le Conseil d'Etat refusera d'allouer une indemnité, en précisant que la faute de l'administration n'est pas d'une gravité suffisante pour engager la responsabilité pécuniaire, alors que les tribunaux ordinaires n'exigent pas, pour faire indemniser la victime, l'existence d'une faute particulièrement grave et que, suivant leur jurisprudence, même en matière contractuelle (en admettant que l'observation des prescriptions de législation sociale constitue une obligation que le patron contracte implicitement en traitant avec l'ouvrier), la faute légère suffit pour engager la responsabilité pécuniaire.

La différence la plus grave de conséquences en cette matière est certainement la première, celle qui résulte de l'impossibilité pour les tribunaux administratifs de condamner l'administration à des obligations de faire ou de ne pas faire. Comment, par exemple, pourra-t-on obliger, dans ces conditions, l'établissement public hospitalier à ne pas faire travailler des femmes et enfants, à ne pas faire faire des travaux de nuit dans des conditions illégales, à assurer régulièrement le repos hebdomadaire du personnel ? Comment pourra-t-on surtout obtenir de lui l'observation des nombreuses prescriptions sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs ? Comment l'ouvrier pourra-t-il obtenir son certificat de travail, si l'administration refuse de le lui remettre ? On sait, combien peu les voies administratives sont efficaces à l'égard des personnes administratives décentralisées, alors du moins que, à défaut

d'initiative de leur part, l'autorité de tutelle n'a pas à intervenir.

Devant l'inaction de la Commission administrative, la sanction pénale pourrait à première vue apparaître comme une planche de salut désirable. Mais il n'y a là qu'une illusion. Sans doute, les sanctions pénales prévues par le Code du Travail sont aussi nombreuses qu'énergiques. Le titre IV du livre II en prévoit toute une gamme. Mais contre qui ces sanctions pourraient-elles être prononcées en matière hospitalière ? La Commission administrative — nous l'avons relevé — est non seulement une assemblée délibérante, mais encore l'organe d'exécution de ses propres délibérations. Elle endosse la responsabilité de ses services. Or, une peine ne peut être prononcée contre une personne morale. La jurisprudence le déclare (90). Les peines prévues au livre II du Code du Travail peuvent-elles être prononcées contre les membres de la Commission administrative pris individuellement ? Nous ne le pensons pas. Généralement, la situation illégale résulte du fait que la Commission administrative a omis de prendre une décision pour conformer ses ateliers, ses règlements, etc... aux exigences de la loi. Or, il n'appartient pas au membre de la Commission pris individuellement de prendre la mesure en question. La majorité de la Commission décide. Il ne lui appartient même pas, dans beaucoup de cas, d'exiger que la question soit mise en discussion, si le règlement intérieur de la Commission prévoit que seul le Président ou un nombre déterminé de membres ont le droit d'initiative. Dans ces conditions, l'administrateur, pris individuellement, ne peut être rendu responsable, pénalement, du fait que la mesure prescrite par la loi n'a pas été réalisée.

Nous concluons donc qu'en fait la Commission administrative peut être condamnée à réparer les dommages résultant de l'inapplication de la législation sociale obligatoire. Mais elle ne peut, dans l'écrasante majorité des cas, être obligée par voie de justice à prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application de cette législation. Telle est la conséquence, regrettable parfois, de son indépendance et de son autonomie.

(90) Voir Cass. Crim. 10 janvier 1929, D.H. 1929, p. 164.

Remarquons qu'en fait il ne faudrait pas sous-estimer, dans cet ordre d'idées, le rôle joué par l'autorité de tutelle et l'inspection du travail, qui obtiennent, généralement sans trop de difficultés, que les prescriptions essentielles soient respectées.

§ 2. — La responsabilité en matière d'accidents du travail et d'assurances sociales

Point n'est besoin de longues démonstrations pour affirmer que le personnel hospitalier, plus que tout autre, est exposé aux maladies. Le contact journalier du personnel avec les malades comporte un risque à vrai dire exceptionnel de contagion.

L'accident du travail, lui aussi, est un événement de plus en plus fréquent à l'hôpital moderne. L'extension de l'appareillage technique et, par conséquent, des services annexes, industriels et artisanaux, l'intégration de services généraux de nature technique de plus en plus complets (centrales électriques, installations de chauffage, d'eau chaude, etc...) augmentent chaque jour les risques d'accidents, auxquels sont exposés les auxiliaires de l'administration.

Dans le cas d'accident du travail ou de maladie contractée pendant le service, la nécessité de la preuve d'une faute commise par l'administration eût entraîné dans de nombreux cas l'impossibilité pour le travailleur d'exiger de l'administration la prise en charge des frais qui en résultent. La responsabilité pour faute, en l'occurence, a dû céder, au nom de l'équité même, à la responsabilité pour risque. C'est, en effet, la notion du risque qui est à la base de la loi du 9 avril 1898 et des lois subséquentes sur les accidents de travail et les maladies professionnelles, ainsi que des lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930, etc., sur les assurances sociales.

Cependant, l'économie des deux législations est profondément différente, malgré leur similitude d'objet. Etudions-les séparément dans leurs grandes lignes, en commençant par la législation sur les accidents du travail.

I. — *Responsabilité à l'occasion des accidents du travail*

Plus de vingt-cinq lois et décrets règlent aujourd'hui la matière des accidents du travail. Notons les plus importants de ces textes : loi fondamentale du 9 avril 1898 sur les accidents dont sont victimes les ouvriers ; lois du 12 avril 1906 étendant ses dispositions aux exploitations commerciales, du 15 juillet 1914, qui les applique aux exploitations forestières; du 25 octobre 1919, qui ajoute la matière des maladies professionnelles ; du 15 décembre 1922, qui vise les exploitations agricoles ; du 2 août 1923, qui étend les dispositions en vigueur aux gens de maison, domestiques, concierges et serviteurs à gages, etc....

Sans entrer dans le détail de cette législation, nous examinerons les quatre questions suivantes :

1) Quels sont les principes d'organisation de cette législation ?

2) A quelles catégories du personnel de l'établissement s'applique-t-elle ?

3) Quels sont les tribunaux compétents ?

4) Quelle est l'étendue de la responsabilité de l'administration ?

1) *Principes d'organisation*

Nous nous contentons, en renvoyant aux textes et aux ouvrages quant au détail de l'organisation du régime des accidents du travail, de préciser pour quels accidents la responsabilité est encourue, quel en est l'objet et quelle est la procédure à suivre.

1° A l'origine, seuls les accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail aux ouvriers du bâtiment, des usines, chantiers, transports, mines, etc., à l'exclusion des maladies, pouvaient donner lieu à l'application de la loi. Mais les lois que nous venons de citer en ont progressivement étendu le *champ d'application* aux autres catégories de travailleurs en engobant dans leurs prévisions les cas des maladies professiomelles.

Il importe de préciser la notion de maladie professionnelle telle qu'elle est comprise dans la loi du 25 octobre 1919. Tandis que l'accident professionnel est une notion compréhensive, une catégorie logique non susceptible d'énumération limitative, la qualification de maladie professionnelle est strictement réservée aux maladies énumérées dans les tableaux annexés aux lois des 25 octobre 1919 et 1er janvier 1931, ainsi qu'au décret du 12 juillet 1936.

Il faut en conclure que la loi de 1919 n'a pas apporté au personnel hospitalier, particulièrement exposé aux maladies contagieuses, les garanties qu'il pouvait légitimement demander. Elle ne leur est, pratiquement, applicable qu'en matière de maladies causées par les rayons X (loi du 1er janvier 1931) (91).

Heureusement, la jurisprudence, profitant du caractère générique de la notion « d'accident du travail », est-elle arrivée à y faire rentrer certaines maladies contractées à l'occasion du travail, notamment les cas de contagion d'ouvriers travaillant dans un service de malades contagieux (92).

Mais il faut bien reconnaître qu'il n'y a là que des solutions d'espèce dues à la largesse des tribunaux. Il serait nécessaire, pour le moins en matière hospitalière, que le législateur étende le régime des maladies professionnelles au minimum à toutes les maladies énumérées dans la loi du 15 février 1902 et, en général, à toutes les maladies contagieuses. Plusieurs propositions de loi qui tendent à cette fin sont d'ailleurs en instance devant les Chambres.

Il est vrai que l'introduction de la législation sur les assurances sociales a permis au personnel d'obtenir satisfaction, dans une certaine mesure. Il ne faudrait pas en conclure, cependant, à l'inutilité des réformes préconisées. La prestation

(91) La loi du 1er janvier 1931 vise expressément certaines maladies contractées au cours de « travaux dans les cliniques, cabinets médicaux, dentaire et radiologiques, dans les maisons de santé et Centres anti-cancéreux, dans lesquels les travailleurs sont exposés au rayonnement ». Il s'agit notamment des maladies suivantes : radiodermites, anémie, radiumdermites aiguës et chroniques, cancer des radiologistes, anémie simple avec leucopénie provoquée par les rayonnements, anémie pernicieuse provoquée par les rayonnements, leucémie provoquée par les rayonnements, radionécrose osseuse provoquée par les rayonnements.

(92) Voir Paris, 4 mai 1906, et Bordeaux, 24 février 1910, D.P. 1911-5-31.

d'assurance sociale, en effet, n'est qu'une prestation forfaitaire et limitée. Elle ne joue pas au-delà d'un certain traitement. La loi de 1898 comporte dans son organisation le moyen d'obtenir une indemnisation plus complète.

2° L'*objet de la législation* a été de suspendre l'application du droit commun en matière de responsabilité du patron à l'occasion des accidents et maladies professionnelles des salariés. Deux considérations ont présidé à cette innovation en 1898 : d'une part, la nécessité de dispenser l'ouvrier de la preuve de la faute commise par le patron, preuve souvent difficile et parfois impossible, et d'admettre une responsabilité indépendante de toute faute, et, d'autre part, l'opportunité de limiter d'une manière raisonnable et uniforme l'obligation du patron.

L'ouvrier n'aura à établir que la preuve de la relation de cause à effet entre la blessure ou la maladie et le travail. La loi pose tout un ensemble de principes très simples permettant de fixer mathématiquement le montant de l'indemnité à laquelle la victime a droit. Ne citons qu'un exemple : Le salaire de l'ouvrier sert de base à la détermination de l'indemnité : jusqu'à 8.000 francs il est décompté sans déduction, de 8.000 à 18.500 francs, il n'est plus décompté que pour un huitième, etc. En cas d'incapacité absolue et permanente, la victime touchera une rente égale aux deux tiers de son salaire annuel, en cas d'incapacité partielle permanente, la rente sera égale à la moitié de la réduction de capacité, que l'accident aura fait subir à l'accidenté, etc., etc.

3° La *procédure* instituée par la loi est la suivante :

C'est le chef d'entreprise (en matière de maladies professionnelles, le malade lui-même), qui est tenu de déclarer l'accident (ou la maladie) au maire et de joindre un certificat médical relatant l'état de la victime, etc. Le maire, après avoir dressé procès-verbal, transmet le certificat et la déclaration au juge de paix du canton où l'accident s'est produit. La victime peut elle-même faire la déclaration.

Le juge de paix procède dans les 24 heures à une enquête, si l'accident paraît devoir entraîner une incapacité permanente. La minute de l'enquête, close dans les dix jours, est dé-

posée au greffe où les parties, qui sont avisées, peuvent en prendre connaissance.

L'indemnité est accordée soit par le juge de paix, soit par le tribunal civil. Le juge de paix n'est compétent qu'en premier ressort et pour fixer le montant des frais funéraires, frais médicaux et pharmaceutiques et des indemnités temporaires. En dehors de ces cas, le tribunal civil est seul compétent. Le président du tribunal civil convoque les parties en conciliation. Si l'accord ne se réalise pas, la partie la plus diligente saisit le tribunal.

L'action se prescrit par l'écoulement d'un délai d'un an à partir du jour de l'accident ou de la cessation du paiement de l'indemnité temporaire.

Notons encore que les veuves, ascendants et enfants de la victime peuvent également toucher des rentes en cas d'accident mortel (93).

2) *Personnel assujetti*

L'article 60 de la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales a expressément maintenu en vigueur la législation sur les accidents du travail. Dans quelle mesure s'applique-t-elle au personnel hospitalier ?

L'évolution de la question est des plus intéressantes. Plusieurs critères ont été tour à tour appliqués par les tribunaux.

1° *Critère appliqué en matière hospitalière.*

En matière hospitalière, la Cour de Cassation applique le critère du caractère commercial de l'établissement.

La Cour d'appel d'Angers, par un arrêt du 9 février 1921 (94) a statué que seul l'accident causé par la machine et dans une exploitation commerciale donne lieu à l'application de la loi.

« Attendu, dit-elle, que, dans ces conditions, il est constant que l'accident n'a pas été occasionné par le fonctionnement de la machine et que, par suite, la loi du 9 avril 1898 ne pourrait être invoquée par la victime, alors même qu'on attribuerait le

(93) Voir art. 3 de la loi de 1898.
(94) R.E.B. 1921, p. 162.

caractère commercial à l'établissement où le moteur inanimé était en usage. »

Rappelons que, depuis cet arrêt, les lois des 15 décembre 1922 et 2 août 1923 sont venues étendre l'application de la loi de 1898 aux personnes qui ne sont pas habituellement occupées aux machines (personnel des exploitations agricoles, gens de maison, domestiques, concierges, etc.). Aussi, la première des deux conditions posées (accidents causés par le fonctionnement d'une machine) doit-elle être considérée aujourd'hui comme surannée. Contrairement à cet arrêt, la loi de 1898 peut jouer à l'égard des employés non occupés aux machines.

Mais l'arrêt est intéressant en ce qu'il pose une deuxième condition : il faut qu'il s'agisse d'un établissement ayant un caractère commercial.

Une jurisprudence assez nombreuse a plus ou moins exactement confirmé le point de vue adopté par la Cour d'Angers, en matière hospitalière ; elle ne déclare la loi de 1898 applicable aux établissements publics hospitaliers que dans les cas où le service considéré, auquel était affecté la victime, est un service commercial et où il laisse un bénéfice, un gain à l'administration. La Cour d'Appel de Paris a décidé dès 1908 (95) que même un hôpital privé, dont le fonctionnement est principalement assuré au moyen de subventions et de dons, n'est pas assujetti à la loi de 1898, encore qu'il admette quelques malades payants. Le tribunal de Lyon, par jugement du 8 juillet 1908 (96), a adopté la même solution pour les œuvres de bienfaisance qui ne réalisent pas de gains. La Cour d'Appel de Riom, par arrêt du 17 mai 1913 (97), constatant qu'un atelier géré par un asile avait le caractère d'une entreprise organisée en vue de réaliser des bénéfices, a estimé qu'il était assujetti à la loi : La Cour d'appel de Douai a déclaré par arrêt du 3 novembre 1913 (98) la législation sur les accidents du travail inapplicable au personnel des établissements publics hospitaliers, étant donné que ces établissements n'ont pas le caractère d'entreprises industrielles. Enfin, il résulte *a contrario* d'un

(95) Arrêt du 7 juillet, voir R.E.B. 1908, p. 347.
(96) R.E.B. 1908, p. 353.
(97) R.E.B. 1913, p. 470.
(98) R.E.B. 1914, p. 232.

arrêt de la Cour de Cassation elle-même du 12 novembre 1923 (99), que les établissements « fondés dans des intentions purement humanitaires et dont l'exploitation ne poursuit la réalisation d'aucun bénéfice » ne sont pas assujettis ; elle a confirmé cette opinion dans les termes suivants par un arrêt du 16 décembre 1925 (100) :

« Attendu que le caractère commercial et industriel d'une entreprise dépend uniquement du but qu'elle poursuit ; que, dès lors, un hospice qui, dans une intention charitable et de pure bienfaisance et à l'exclusion de toute idée de réalisation de bénéfice, fait procéder à un transport de charbon pour ses besoins habituels, n'exerce pas une entreprise assujettie à la loi du 9 avril 1898... »

Ainsi, en matière hospitalière, la Cour de Cassation s'attache, non pas à la nature du travail, mais à la nature de l'ensemble du service, en vue duquel le travail est accompli. Il en résulte que la législation sur les accidents ne s'appliquerait presque jamais aux établissements publics hospitaliers.

Cela peut paraître singulier. En effet, au moment où la Cour de Cassation posait ce principe rigide de la non-application de la loi, la loi du 2 août 1923 était déjà promulguée et le Conseil consultatif des assurances contre les accidents du travail, sollicité par le Ministre du Travail, venait d'émettre l'avis suivant : « Le comité est d'avis que la loi du 2 août 1923 s'applique aux infirmiers et gens de service des établissements hospitaliers publics et privés. »

La loi de 1923 a, en effet, posé à nouveau la question de l'assujettissement des établissements publics hospitaliers à la législation sur les accidents du travail.

Le critère de la nature du service public n'est pas le seul qu'ait appliqué la Cour de Cassation, saisie de la question de savoir, si la loi sur les accidents du travail est applicable à l'administration publique. A propos de différends nés entre les agents d'autres administrations et la personne morale administrative, elle s'est attachée surtout à la nature du travail exécuté.

(99) R.H. 1924, p. 33.
(100) R.H. 1926, p. 83.

2° *Critère appliqué en matière non hospitalière.*

En matière non hospitalière, la Cour de Cassation applique le critère de la nature du travail.

a) *Principe.* — Dès 1899, le Conseil Consultatif avait été appelé à émettre un avis sur la question, avis qui paraît avoir inspiré la jurisprudence en cette matière (101).

Le Conseil avait estimé que l'administration est responsable suivant la loi de 1898 des accidents survenus au personnel ouvrier qu'elle emploie directement, dans les cas où le seraient les chefs d'entreprise, avec lesquels elle aurait pu traiter pour la même catégorie de travaux. Pour limiter le champ d'application de la loi de 1898 il ne faisait donc pas intervenir d'une manière nécessaire le caractère non commercial du service, mais il paraissait s'attacher surtout à la nature des travaux.

La Cour de Cassation a d'ailleurs dès 1912 statué dans ce sens en ce qui concerne le personnel d'autres administrations, en précisant dans un arrêt du 20 mars 1912 (102), qu'un ouvrier municipal plombier est assujetti à la loi de 1898, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le service de l'administration, dans lequel il est occupé, laisse un gain. En l'espèce, ce n'est donc pas le caractère commercial, mais la nature des travaux qui a été déterminante, leur caractère industriel. En d'autres termes, ce n'est pas la loi de 1906, mais la loi primitive de 1898 qui est prise en considération en l'occurrence. La non-application de la loi de 1906 aux établissements publics hospitaliers ne peut d'ailleurs être mise en doute. Notons un très intéressant jugement du Tribunal civil de Lyon en date du 13 mars 1913 (103) qui applique ce critère en matière hospitalière et qui pose nettement « que l'administration des Hospices Civils, lorsqu'elle fait exécuter des travaux de réparation ou d'entretien dans les bâtiments qui lui appartiennent, doit être envisagée comme un simple particulier », c'est-à-dire comme un chef d'industrie assujetti à la loi de 1898, et cela malgré l'absence de bénéfice. C'est la renonciation à la condition du caractère commercial de l'exploitation.

(101) Avis du 29 novembre 1899, D.P. 1900-4-19, n°s 16 et 71.
(102) S. 1912-1-399.
(103) R.E.B. 1915, p. 160.

Cette solution se dégage à nouveau de l'arrêt de la Cour de Cassation en date du 25 juillet 1932 (104), qui, pour déterminer les cas d'application de la loi de 1898, ne s'attache pas à l'organisation particulière du service, mais à la nature des travaux exécutés. Voici l' « attendu » de l'arrêt en question, qui le précise :

« Attendu que les travaux d'enlèvement et de transport d'immondices de la voie publique d'une ville sont des travaux publics, dont l'entreprise est assujettie à la loi du 9 avril 1898, à raison de la nature des travaux exécutés... »

Le texte de l'article premier de la loi de 1898 n'implique nullement, en effet, l'interprétation restrictive faite par la Cour d'Angers. A plus forte raison, cette interprétation serait-elle inadmissible pour les cas visés par l'article premier de la loi du 2 août 1923.

b) *Réserve quant aux fonctionnaires.* — Mais en matière administrative, le critère de la nature des travaux ne s'applique pas sans une importante restriction dans la jurisprudence de la Cour de Cassation. Cette haute juridiction admet d'une manière générale que « sauf les exceptions prévues à l'art. 32 de la loi de 1898, l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics sont responsables, conformément aux dispositions de cette loi, des accidents survenus aux ouvriers qu'ils emploient dans tous les cas où le seraient les chefs d'entreprise, que cette règle ne reçoit exception qu'au regard des fonctionnaires publics dont la situation au point de vue des retraites et pensions, est réglée par une disposition législative » (105).

Ce principe se concilie difficilement avec celui que nous avons relevé en matière hospitalière dans la jurisprudence de la Haute Cour (106). Il faudrait en déduire, en effet, que la loi de 1898 s'applique au personnel engagé par la Commission administrative et chargé de travaux correspondants à la définition de l'article premier de la loi, c'est-à-dire de travaux

(104) C.P. 1932, 2e semestre, page 661.

(105) Arrêt de la Cour de Cassation du 15 juillet 1931, G.P. 1931, 2e semestre, page 661. Voir également Cass. Civ. 18 janvier 1928, G.P. 1928, I, 492 ; Cass. Civ. 25 juillet 1932, précité, etc...

(106) Arrêts précités 12 novembre 1923 et 16 décembre 1925.

de nature industrielle, tel que, par exemple, ce transporteur de charbon, auquel, pourtant, la Cour de Cassation a refusé le bénéfice de la loi (107).

L'explication de cette contradiction dans la jurisprudence de la Cour de Cassation n'est pas facile. Il semblerait, à première vue, que la Cour de Cassation ait été impressionnée par le caractère de bienfaisance qui est celui des établissements hospitaliers. Mais pareille exception à l'application de la loi n'est prévue nulle part et ne saurait être créée par les tribunaux. Au surplus, l'ouvrier de l'administration hospitalière est-il moins intéressant que l'ouvrier municipal ? Rationnellement, il semble que seule la nature du travail exécuté puisse être déterminante et non pas le caractère d'ensemble de l'entreprise. L'article premier de la loi de 1898 se prête sans aucune difficulté à pareille interprétation.

Faut-il penser que la contradiction s'explique par l'évolution des idées intervenues à la suite de la promulgation de la loi de 1923 ? Peut-être ! Quelle raison y aurait-il, en effet, de refuser à un ouvrier, par exemple à un transporteur de charbon, le bénéfice de la loi de 1898, alors que le servant, le domestique, qui, accidentellement, ou même régulièrement, exécute ce même travail, bénéficie de ces avantages en vertu de la loi de 1923 !

Quoi qu'il en soit, nous estimons que seul le critère de la nature des travaux peut entrer en ligne de compte. Il est désirable que la Cour de Cassation abandonne l'interprétation restrictive qui apparaissait dans ses arrêts des 12 novembre 1923 et 16 décembre 1925 et qu'elle accorde le bénéfice de la législation sur les accidents du travail au personnel de toutes les administrations sans distinction, dans les mêmes conditions qu'au personnel des entreprises privées, réserve faite de la situation particulière des fonctionnaires.

Que faut-il penser de l'exclusion des fonctionnaires, dont la situation, au point de vue des retraites, est réglée par la loi ? La non-application de la loi de 1898 aux fonctionnaires par la Cour de Cassation s'explique (108) par deux raisons :

(107) Voir arrêt 16 décembre 1925 précité.
(108) Voir la note publiée au Dalloz 1927-1-189.

1° Ils ne sont liés à l'administration par aucun contrat de louage de services.

2° Ils bénéficient de la législation sur les pensions civiles (109), pensions qui ne peuvent être cumulées avec d'autres retraites.

Des deux raisons invoquées, la première seule est, dans le cas général, susceptible de valoir pour le personnel de l'administration hospitalière. Mais notons qu'elle ne résulte pas nécessairement de l'article premier de la loi de 1898. — C'est, d'ailleurs, à la deuxième surtout que paraît s'attacher la Cour de Cassation pour refuser l'application de la loi de 1898 aux fonctionnaires. Or, le personnel des établissements publics hospitaliers ne bénéficie pas, en principe, de la législation sur les pensions civiles. Il bénéficie tout au plus de régimes particuliers arrêtés par les Commissions administratives et approuvés par l'autorité de tutelle. Ne faut-il pas en conclure que la Cour de Cassation, logiquement, devrait admettre que ce personnel est assujetti à la loi de 1898 (110). A vrai dire, nous comprenons mal la distinction établie par la Cour de Cassation, quant à l'application de la loi de 1898, entre les agents des administrations publiques bénéficiant d'un statut légal de pensions et ceux bénéficiant d'un simple statut réglementaire, tel que le statut de pensions édicté par la Commission administrative de l'établissement public hospitalier. Du moment qu'un tel statut de pensions — si, par ailleurs, il est légal (111) — a la même force obligatoire que la loi elle-même, la question du cumul des ren-

(109) Loi du 9 juin 1853 remplacée par la loi du 14 avril 1924.

(110) Solution adoptée d'ailleurs pour le personnel municipal : Voir Cass. Civ. 15 juillet 1931 précité.

(111) La légalité ne saurait faire de doute :

L'article 8 de la loi de 1851 donne à la Commission administrative le pouvoir de prendre des règlements internes. La loi de 1898 vient-elle restreindre ses pouvoirs en matière d'accidents du travail ?

Nous estimons que le législateur n'a pas voulu restreindre l'initiative des Commissions administratives. Mais il a posé un principe d'indemnisation qui se leur impose d'une façon obligatoire, comme un minimum.

La Commission administrative ne peut accorder moins que la loi ne prescrit à ses fonctionnaires, c'est-à-dire aux agents liés à elle par des rapports réglementaires. Si elle accorde les mêmes prestations, les procédures obligatoires de la loi de 1898 ne sont pas plus nécessaires pour l'employé de l'hôpital que pour l'agent de l'Etat : c'est-à-dire elles sont écartées. Mais il faut strictement limiter cette solution aux situations réglementaires. Dès qu'il y a louage de services ou contrat de travail, la loi de 1898 doit rester applicable, si, par ailleurs, les conditions posées en vue de son application sont remplies.

tes résultant de la loi de 1898, d'une part, et du statut des retraites de l'établissement hospitalier, d'autre part, se pose nécessairement. Il paraît difficile d'admettre que la Commission administrative puisse être condamnée à payer à ses agents accidentés du travail et l'une et l'autre des deux pensions (112). Contrairement à la distinction établie par la Cour de Cassation, il faut donc conclure que la loi de 1898 n'est applicable aux agents de l'administration hospitalière qu'à la condition que le règlement des pensions de l'établissement ne prévoit que des prestations inférieures à celles résultant de l'application de cette loi. Nous arrivons ainsi, mais par d'autres motifs, à la solution de non-application de la loi admise par la Cour de Cassation dans ses arrêts de 1923 et 1925, du moins dans les cas où un règlement de l'établissement accorde des avantages équivalents.

On pourrait se demander si ce n'est pas en premier lieu la loi qu'il faudrait appliquer, étant donné que l'acte législatif s'impose à la Commission administrative elle-même. Cette solution permettrait d'expliquer la distinction établie par la Cour de Cassation. Elle aurait l'avantage de ne laisser aucun doute aux chefs d'entreprise et aux victimes d'accidents quant à la nécessité d'accomplir les formalités de déclaration prévues par la loi de 1898.

Nous croyons néanmoins devoir admettre la solution contraire, en tirant, précisément, argument de l'analogie de situation entre les fonctionnaires de l'Etat et les fonctionnaires de l'administration hospitalière, situation réglementaire dans les deux cas. Nous affirmons que le bénéfice de la loi ne pourra être invoqué qu'au cas où le règlement n'accorde pas de prestations équivalentes. Cette solution a pour elle la simplicité, puisqu'elle évitera à l'administration et à l'agent de rechercher dans le cas pratique si l'accident en question répond à la définition de l'accident du travail, telle qu'elle résulte de la loi de 1898, définition généralement plus étroite que celle de l'incapacité de travail prévue au statut des pensions.

(112) Notons, toutefois, que le Gouvernement a déposé le 7 avril 1925 un projet de loi tendant à étendre l'application de la loi du 9 avril 1898 à tous les travailleurs intellectuels, avec cumul des rentes éventuelles et de celles payées par les caisses de retraites.

Elle est dictée par des considérations d'ordre pratique qui ne sauraient être négligées :

1° D'une part, seuls les tribunaux administratifs ont qualité pour connaître des difficultés s'élevant à l'occasion de l'application et de l'interprétation des règlements administratifs. Admettre que la procédure prescrite par la loi de 1898 doive être suivie en premier lieu, reviendrait à obliger l'administration en cas de litige à suivre deux instances, l'une devant le tribunal judiciaire, et l'autre devant le tribunal administratif, dans tous les cas, en fait assez nombreux, où le statut des pensions accorde des prestations supérieures à celles imposées par la loi de 1898. Ce serait singulièrement compliquer la liquidation de la situation des agents intéressés, alors que l'application pure et simple du statut des retraites mène au même résultat financier à moins de frais et d'une manière beaucoup plus rapide et simple.

2° D'autre part, ne perdons pas de vue l'argument découlant de l'existence d'un délai de prescription assez court (un an) pour les actions intentées par les victimes d'accidents du travail contre le patron, en vertu de la loi de 1898, délai qui ne court pas en matière d'application des règlements de pension édictés par les Commissions administratives. Exiger que la procédure de la loi de 1898 doive être suivie avant l'application du règlement, reviendrait à refuser à l'intéressé, au cas où la prescription serait acquise, l'indemnité ou la rente jusqu'à concurrence des taux prévus par la loi de 1898 et à ne lui accorder que les portions des allocations et pensions réglementaires dépassant ces taux, conséquence aussi inattendue qu'irrationnelle.

Il reste entendu que la loi de 1898 ne devient inapplicable que dans la mesure où les prescriptions réglementaires de retraite prévoient au minimum les rentes et allocations par elle accordées. Il appartient à l'agent de suivre la procédure prescrite, dans la mesure où elle pourrait aboutir à une allocation supérieure à celle prévue dans le règlement.

Résumons. La jurisprudence en matière d'application de la législation sur les accidents du travail au personnel des administrations publiques, et notamment des établissements

publics hospitaliers, ne paraît pas définitivement fixée. Nous estimons que la loi du 9 avril 1898 et les lois subséquentes, que nous avons énumérées, ne peuvent être appliquées au personnel hospitalier, employé, ouvrier et servant, que dans la mesure où les prestations prévues au statut des retraites sont moins avantageuses.

La loi du 12 avril 1906 n'est pas applicable, l'hôpital public ne pouvant en aucun cas être assimilé à une entreprise commerciale (113). Les lois des 15 juillet 1914 et 15 décembre 1922 sont applicables au personnel travaillant dans les exploitations agricoles ou forestières dirigées par l'administration hospitalière. La loi du 2 août 1923 est applicable au personnel servant et domestique des établissements publics hospitaliers. Enfin, la loi du 25 octobre 1919 et les lois et décrets subséquents sur les maladies professionnelles sont également applicables. Mais ces textes gagneraient à être élargis pour assurer une protection plus efficace au personnel hospitalier. En somme, le personnel médical et infirmier ne bénéficie pas de la loi, sauf en matière de maladies causées par les rayons X.

Remarquons qu'en vertu de la loi du 18 juillet 1907, la Commission administrative pourrait volontairement se placer sous le régime de la loi de 1898 pour ses ouvriers, employés et domestiques et même pour le personnel médical et infirmier et renoncer à établir un règlement des retraites pour les accidentés du travail.

3) *Question de compétence.*

Nous avons précisé que les actions à intenter par la partie la plus diligente à la suite des déclarations d'accident ou de maladie, doivent être portées, soit devant le juge de paix, soit devant le tribunal civil. En aucun cas, ces actions ne pourraient être exercées par la voie du recours devant les tribunaux administratifs.

Les principes spéciaux de compétence posés par la loi de

(113) Citons toutefois, à titre d'exception, le cas de l'orphelinat qui envoie les orphelins chez des particuliers pour l'entretien des jardins, moyennant un prix débattu. Cet orphelinat fait des actes de commerce et il est assujetti, par conséquent, à la loi du 12-4-1906. (Voir en ce sens C. d'Appel Riom, 27-7-1912, R.E.B. 1912, p. 411.)

1898 s'appliquent également à l'instance en révision des indemnités allouées.

Il faut se garder, cependant, d'exagérer l'importance de ces matières d'attribution. Le juge de paix et le tribunal civil, juges d'attribution en matière d'accidents du travail, ne connaissent pas, en vertu du texte précité, des actions intentées soit par la victime, soit par l'entrepreneur, contre les tiers auteurs ou responsables des suites de ces accidents.

La compétence dans ces actions se détermine suivant les principes généraux.

4) *Etendue de la responsabilité de l'administration.*

La question de la responsabilité de l'administration à l'occasion de la législation sur les accidents du travail, se pose à un double point de vue.

1° D'une part — point de vue qui s'identifie avec la réalisation du but même de la loi — la Commission administrative devra accorder aux agents assujettis le bénéfice de toutes les allocations, indemnités et rentes prévues dans les articles 3 et suivants de la loi. Telle est la conséquence de la réalisation du risque qu'elle est tenue de couvrir.

2° D'autre part, si elle commet une négligence, une faute dans l'accomplissement des formalités que la loi lui impose, elle peut être rendue responsable, si l'agent subit un dommage.

Nous ne nous attardons pas à reproduire les règles posées par la loi quant aux prestations dues à la victime. Nous renvoyons à ce sujet au texte des lois (114), dont l'application ne révèle pas de difficultés particulières.

Par contre, la question de la responsabilité de l'établissement public hospitalier en cas de déclaration inexacte ou de défaut de déclaration présente plus de difficultés. Le défaut de déclaration ne peut être considéré comme la cause de la forclusion de la victime, puisque de toute façon, elle devra agir en justice pour faire valoir ses droits, c'est-à-dire pour obtenir la rente ou l'indemnité, et cela dans l'année qui suit l'accident ; mais elle pourra avoir pour conséquence de rendre

(114) Notamment aux articles 3 à 10 de la loi de 1898.

difficile et même impossible la preuve de l'accident, et notamment la preuve de son imputabilité au service.

Pratiquement, s'il est impossible de prouver la relation de cause à effet entre le travail et le dommage, il sera tout aussi difficile de prouver que la négligence de l'administration, qui a anéanti la possibilité d'établir cette relation de cause à effet, a elle-même causé un dommage à celui qui y avait intérêt. Il est d'autant plus difficile d'admettre, même en pure théorie, une responsabilité de ce genre, qu'il appartient à la victime elle-même, en vertu de l'article 11 de la loi de 1898, de faire la déclaration au juge de paix.

La sanction pénale qu'encourt le chef d'industrie qui omet la déclaration, en vertu de l'article 14 de la loi, ne change rien au fait que la victime ne pourra agir en responsabilité contre lui. Elle n'a qu'à s'en prendre à elle-même d'être restée inactive.

Il y a un seul cas, à la vérité exceptionnel, dans lequel la responsabilité pourrait jouer : c'est le cas d'impossibilité pour la victime de faire elle-même la déclaration, soit en raison de son état de maladie, soit pour toute autre raison jugée valable. Mais, même dans ce cas, le succès de l'action paraît incertain, puisque la preuve d'un dommage se rattachant directement au défaut de déclaration par le patron est extrêmement difficile.

Pratiquement, l'irresponsabilité de l'employeur reste donc la règle.

II. — *Les assurances sociales et la responsabilité envers le personnel*

La législation sur les assurances sociales introduite avec caractère obligatoire par la loi du 5 avril 1928, a été depuis cette date l'objet de toute une série de modifications. Nous ne pouvons tenter, dans le cadre de cette étude, de faire l'analyse des textes très étendus qui réglementent la matière. Une fois de plus, nous sommes obligés de renvoyer à ces textes et aux études qui en ont été faites.

Pour être en mesure de déterminer la responsabilité que

peut encourir l'établissement public hospitalier à l'occasion des assurances sociales, il importe, tout d'abord, de fixer les idées en précisant quelles sont les catégories de personnel assujetties. Nous aurons à préciser, ensuite, la question de compétence, étant donné que le contentieux des assurances sociales n'a été confié qu'en partie à des tribunaux spéciaux. Enfin, le problème de la responsabilité se trouvera suffisamment circonstancié pour pouvoir être résolu sans trop de difficultés.

1) *Personnel assujetti.*

Le texte de l'article premier de la loi de 1928 qui détermine le personnel assujetti aux assurances sociales est conçu d'une manière suffisamment vaste et compréhensive et il n'y a aucune difficulté d'admettre qu'il s'applique tant aux préposés de droit privé qu'aux agents de l'administration : « sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales tous les salariés de l'un ou de l'autre sexe... » Le terme « salarié » ne présuppose pas un véritable contrat de louage de services et peut convenir également à la situation des agents administratifs, des fonctionnaires.

Le décret du 30 juin 1931 est venu préciser les conditions d'application de la loi du 30 avril 1930 au personnel salarié des départements, communes et établissements publics d'assistance. Il a donné à ces administrations la faculté de maintenir leur réglementation particulière, en la complétant dans un délai de six mois à partir de la publication du décret, afin d'accorder aux bénéficiaires des prestations équivalentes à celles prévues par la loi du 30 avril 1930. Il précise la situation des « agents, employés et ouvriers » de ces administrations, qui passent d'un régime particulier d'assurance au régime général des assurances sociales. Nous n'insistons pas sur le détail de cette réglementation.

Ce qui est plus important pour nous c'est la détermination des groupes du personnel hospitalier assujettis aux assurances sociales. Les termes « agents, employés et ouvriers » qui sont dans le texte du décret ne sont pas suffisamment précis pour nous dispenser de tout commentaire.

Il n'y a pas de difficulté pour les employés et ouvriers ex-

pressément mentionnés au décret. Ce sont des salariés au sens de la loi de 1930. Mais la question reste entière pour le personnel médical.

La modeste indemnité que traditionnellement les Commissions administratives paient aux médecins des hôpitaux ne peut être considérée comme la rémunération de leur travail. Quoiqu'au point de vue fiscal, le Conseil d'Etat ait statué que ces indemnités doivent être imposées à la cédule des traitements et salaires, elles ne tendent qu'à indemniser le médecin pour les frais qu'il est amené à exposer à l'occasion de sa fonction (frais de transport, de port, etc...). Pareille indemnité ne peut avoir pour effet de le faire rentrer dans la catégorie des salariés. A côté de leur service hospitalier, presque tous les médecins pratiquent en privé et c'est cette activité privée qui constitue leur principale source de revenus.

Par contre, il n'y a aucune difficulté d'admettre que les infirmiers et infirmières, ainsi que le personnel domestique, sont assujettis au régime des assurances sociales, sauf application du régime spécial de l'établissement institué conformément au décret du 30 juin 1931.

2) *La question de compétence.*

Les lois sur les assurances sociales ont institué des juridictions spéciales, dites « commissions cantonales », qui connaissent en premier ressort, à charge d'appel devant le tribunal de 1re instance, des difficultés autres que celles nées à l'occasion du contrôle institué par l'article 7, auxquelles donne lieu l'exécution de la loi. Le caractère juridictionnel de ces commissions ne peut être mis en doute (115).

Mais la compétence d'attribution est de droit étroit. Les commissions sont compétentes pour connaître des difficultés concernant l'application directe des dispositions de la loi et non pas des difficultés qui, tout en se rattachant à ces dispositions, soulèvent simplement l'application d'une règle de droit commun, notamment l'article 1382 (116).

Il en résulte que les actions en responsabilité intentées par

(115) Voir d'ailleurs Cass. civ. 22 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935-1-521, note.
(116) Voir Versailles 27 novembre 1934, Gaz. Pal. 1935-1-351, note, et Chambéry 15 mars 1934, Gaz. Pal. 1934-2-225, note.

le salarié contre le patron à l'occasion des assurances sociales ne sont pas de la compétence des juridictions spéciales, à moins que l'interprétation du texte de la loi ne soit en jeu (117).

Mais en matière administrative, quels tribunaux seront compétents pour connaître de ces actions, les tribunaux ordinaires ou les tribunaux administratifs ?

Faute d'attribution de juridiction en cette matière, il y a lieu d'appliquer les principes généraux. La faute ou l'omission commise par l'administration en la personne de son agent, en raison de laquelle le salarié subit un dommage, constitue généralement une faute de service, exceptionnellement une faute personnelle de l'agent (118).

Seuls les tribunaux administratifs pourront être saisis de la demande en dommages-intérêts dirigée contre le service public, cas de loin le plus fréquent. Seuls les tribunaux ordinaires seront compétents pour apprécier la responsabilité personnelle de l'agent.

3) *Etendue de la responsabilité.*

Deux situations sont possibles : ou bien, l'établissement public hospitalier a accordé à son personnel, en vertu de la latitude que lui a laissé la réglementation, un régime d'assurances particulier, ou bien, il s'est contenté d'adhérer au régime général des assurances sociales.

Dans le premier cas, l'administration est tenue — cela va de soi — d'exécuter au profit de son personnel les prestations prévues par le règlement particulier. Nous n'insistons pas sur cette évidence.

Dans le second cas, l'administration ne peut encourir une responsabilité envers ses agents et salariés, que si elle omet de les faire immatriculer aux assurances sociales ou de payer régulièrement les cotisations dues.

Mais quelle est l'étendue de cette responsabilité ? Les tribunaux administratifs n'ont pas encore — à notre connaissan-

(117) Voir en ce sens Cass. civ. 27 février 1934, Gaz. Pal. 1934-2-224, note, et 12 juin 1934, Gaz. Pal. 1934-2-286, Toulouse 5 juin 1931, Gaz. Pal. 1931-2-304.

(118) Par exemple : au cas où, sciemment, pour causer un dommage à son collègue, l'agent omet de le faire immatriculer aux assurances sociales.

ce — été saisis de cette question. Les tribunaux ordinaires, qui ont été à plusieurs reprises saisis, n'arrivent pas à une solution uniforme, la Cour de Cassation n'ayant pas encore été appelée à dire son mot.

Les tribunaux judiciaires sont unanimes à poser le principe de l'obligation de l'employeur, qui doit réparer, dans les termes du droit commun, le préjudice subi par l'employé du fait de sa non-immatriculation (119). C'est la question du partage de la responsabilité entre le patron et l'employé qui divise les tribunaux.

Certains tribunaux ont statué que l'employeur qui omet de faire immatriculer l'employé ou de payer la cotisation est seul en faute (120).

D'autres tribunaux ont estimé que, si l'employé a accepté sa non-immatriculation, il est équitable de procéder à un partage de responsabilité entre l'employeur et l'employé. Ainsi la Cour de Poitiers, par un arrêt du 6 mars 1935 (121), a fixé à un tiers la quote-part de responsabilité incombant, dans ces circonstances, à l'employé lui-même (122).

Nous estimons qu'en raison du caractère impératif et d'ordre public de la loi, qui institue à la charge de l'employeur une véritable obligation personnelle d'immatriculer l'ouvrier et de retenir la cotisation, alors qu'elle n'institue aucune obligation analogue à la charge de l'employé, seul l'employeur doit être rendu responsable des suites dommageables résultant de la non-immatriculation. L'ouvrier, l'employé n'a pas à prendre l'initiative de l'immatriculation et du paiement de la cotisation (123).

(119) Voir Angers 11 octobre 1933, Gaz. Pal. 1933-2-700 et la note, et Bordeaux 15 mai 1933, Gaz. Pal. 1933-2-163.

(120) Compiègne 22 juin 1932, Gaz. Pal. 1932-2-855, Angers 11 octobre 1933, précité.

(121) Gaz. Pal. 1935-1-864.

(122) Voir aussi : Caen, 22 novembre 1933, Gaz. Pal. 1934-1-28, note.

(123) Voici les textes de la loi qui sont nets et non équivoques :

ART. 1er, 3. — L'affiliation s'effectue obligatoirement et sous les sanctions prévues à l'art. 64, *à la diligence de l'employeur*.....

ART. 2. — Les ressources des assurances sociales sont constituées, en dehors des contributions de l'Etat, par des versements pour moitié à la charge de l'assuré et *retenus lors de sa paie* au moins une fois par mois, et pour moitié à la charge de l'employeur. *C'est à ce dernier qu'incombe*, pour toute occupation du salarié, sous les sanctions prévues à l'article 64, l'acquittement *de cette double contribution*, sous forme de timbres ou de vignettes.

Remarquons, enfin, que l'action de l'employé contre l'employeur n'est pas soumise à la prescription annale instituée pour l'action exercée en vertu de la contravention commise par l'employeur (124) ; elle est fondée sur le droit commun et se prescrit par 30 ans (125).

(124) Voir article 64.
(125) Voir Angers, précité.

TITRE III

LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS

Dans ses relations avec les usagers et le personnel, l'établissement public hospitalier n'apparaît comme partie contractante qu'à titre exceptionnel. Il ne peut encourir une responsabilité contractuelle en dehors de ces cas.

Il n'en est pas de même dans ses relations avec les entrepreneurs et fournisseurs. Dans ce domaine, en effet, la proportion des relations réglementaires et des relations contractuelles se trouve renversée. Le contrat est la règle, le règlement administratif l'exception.

Le contrat de travaux et fournitures, le marché, abstraction faite de sa forme, peut être soit un contrat ordinaire de droit commun apprécié en cas de litige par les tribunaux judiciaires, soit un contrat administratif contenant des clauses exorbitantes du droit commun et entraînant un contentieux exclusivement administratif.

Remarquons que, de par sa nature, le contrat se prête difficilement à l'exercice de la prérogative de puissance publique. Le libre consentement n'est-il pas aux antipodes de la coërcition. Aussi bien l'élément coërcitif n'affecte-t-il que certaines clauses du contrat administratif et, encore, s'agit-il d'une coërcition préalablement acceptée par l'entrepreneur. La plupart des marchés conclus par l'établissement public hospitalier sont des contrats de droit commun. Le contrat administratif représente l'exception.

En tout état de cause, la première question à résoudre, celle de la compétence, implique l'étude de la nature des rapports juridiques qui se forment. Elle se complique de la répartition à faire, en matière de contentieux administratif entre le Conseil d'Etat, juge de droit commun, et le Conseil de Préfecture, juge d'attribution en matière de travaux publics.

La matière du contrat passé par l'administration, quelle que soit sa nature, est dominée par la question de forme. Les difficultés naissant à l'occasion de la forme administrative du marché et notamment de ses préliminaires (1) entraînent un contentieux exclusivement administratif, même au cas où le marché n'est qu'un contrat de droit privé. La seconde question à traiter sera donc celle de la responsabilité qu'entraîne la violation ou l'inobservation des formes administratives.

Enfin, nous arrivons au contrat lui-même, dont le juge est soit administratif, soit ordinaire, suivant qu'il s'agit d'un marché administratif ou d'un contrat de droit commun. L'étude de la responsabilité qu'encourt l'administration à l'occasion des contrats de droit commun, ne présenterait aucun intérêt particulier. Par contre, nous aurons à faire ressortir les particularités de la responsabilité qui naît à l'occasion des marchés administratifs traités par l'établissement public hospitalier.

Voici, en définitive, le plan que nous allons suivre :

Chapitre XIV. — La nature des rapports juridiques.

Chapitre XV. — Les questions particulières de compétence.

Chapitre XVI. — Le contenu de la responsabilité administrative.

(1) L'appel à la concurrence, la soumission, l'adjudication.

CHAPITRE XIV

LA NATURE DES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC HOSPITALIER ET LES ENTREPRENEURS ET FOURNISSEURS

Pour connaître les rapports juridiques qui se forment entre l'établissement et l'entrepreneur, il faut préciser d'abord les voies par lesquelles les deux personnes entrent en contact. Les hospices et hôpitaux ne sont pas libres, en effet, de traiter tels les particuliers les travaux et fournitures dont ils ont besoin. Le législateur leur a imposé certaines formes, qui constituent, d'ailleurs, des privilèges de l'administration.

Il faut commencer par étudier ces formes qui sont l'adjudication par voie de soumission et le marché de gré à gré. Mais, ne nous y trompons pas : le caractère administratif des formalités préalables au contrat n'a pas cette vertu de créer un contrat administratif, puisqu'il ne constitue qu'un préliminaire du contrat. Pour pouvoir distinguer le contrat administratif du contrat de droit commun, il faudra remonter à l'objet de l'opération et à la nature des droits que se réserve l'administration.

Nous examinerons d'abord les formes administratives des préliminaires des marchés ; ensuite, nous dégagerons les conditions d'existence des marchés administratifs.

SECTION I

Les conséquences à tirer de la forme des préliminaires des marchés

Le principe fondamental est énoncé par l'article 1er de l'ordonnance du 14 novembre 1837 dans les termes suivants :

«Toutes les entreprises pour travaux et fournitures au nom « des communes et des établissements de bienfaisance seront « données avec concurrence et publicité. »

Le Conseil d'Etat a maintes fois rappelé le principe (1). Mais cela ne vaut que pour l'achat. Par contre, aucune forme d'adjudication ou de publicité n'est requise par la loi pour la vente d'objets mobiliers appartenant aux Hospices civils (2), alors que pour la vente d'immeubles, l'adjudication est requise.

L'adjudication est donc le principe, le marché de gré à gré l'exception.

La commission administrative ne peut éluder le principe sans commettre un excès de pouvoir (3). Dans quels cas, le marché de gré à gré est-il admis ? A part les 7 cas d'exception énumérés par l'article 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1857, il importe de citer l'exception très importante prévue par l'article 8 de la loi du 7 août 1851, modifié par la loi du 9 février 1927, qui a la teneur suivante :

« La commission des hospices et hôpitaux règle par ses « délibérations les objets suivants : ... le mode et les conditions « des marchés pour fourniture et entretien dont la durée n'ex- « cède par une année, les travaux de toute nature dont la « dépense ne dépasse pas 15.000 fr. »

La commission exerce donc un véritable choix entre l'adjudication et le marché de gré à gré dans les limites tracées par ce texte. Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à reconnaître que

(1) Voir notamment C.E. 12-7-1926, R.E.B. 1926, p. 356 et 12-4-1935, Bulletin Officiel de tous les Ministères, octobre 1936.
(2) C.E. 4 août 1913, R.E.B. 1913, p. 496.
(3) Voir C.E. 12 février 1926, R.E.B. 1926, p. 357.

l'autorité de tutelle n'est pas en droit d'annuler des marchés de gré à gré conclus dans ces limites, motif pris du fait qu'une adjudication n'a pas été organisée (4).

Un décret du 23 octobre 1936 est venu étendre le champ d'application du marché de gré à gré pour les communes et établissements de bienfaisance (15). Mais, la loi du 5 avril 1884 qu'il modifie ne s'applique pas aux établissements publics hospitaliers. Dans les milieux hospitaliers on s'attend, toutefois, à l'extension prochaine de ces dispositions aux contrats des hospices et hôpitaux.

Le principe de la concurrence et de la publicité est très strictement observé. La Cour des Comptes n'a-t-elle pas décidé (6) que la commission administrative qui réserverait aux seuls fournisseurs de la commune une fourniture en vertu d'une clause du cahier des charges commettrait une illégalité.

Rappelons rapidement les principales règles relatives aux marchés de gré à gré et aux adjudications.

§ 1. — Les marchés de gré a gré

Le marché de gré à gré, qui consiste dans un contrat passé avec l'entrepreneur ou le fournisseur, sans qu'il ait été fait appel à la concurrence suivant les formes prescrites pour les soumissions, doit être établi dans tous les cas où la réglementation ne prévoit pas l'adjudication. L'administration est obligée à passer des marchés. La Cour des Comptes l'a rappelé, il y a quelques années, en ce qui concerne plus spécialement les éta-

(4) Voir avis du C.E. du 30 novembre 1926, R.E.B. 1926, p. 130 et R.H. 1927, p. 3 et surtout C.E. 15 mars 1933, R.H. 1934, p. 600 et C.E. 13 novembre 1935 — La Revue Hospitalière de France 1936, p. 294.

(5) Les communes et les établissements de bienfaisance peuvent passer des marchés de gré à gré pour les travaux, transports et fournitures quelconques dont la valeur n'excède pas, pour le montant total de l'entreprise, la somme de 15.000 frs dans les communes de 5.000 habitants et au-dessous. Ce maximum est porté à 30.000 frs pour les communes de 5.001 à 30.000 habitants, à 80.000 pour les communes d'une population supérieure.

Lorsque les marchés sont conclus avec des sociétés d'ouvriers français, les maxima ci-dessus prévus sont majorés de 5.000 frs.

(6) Arrêt du 1er décembre 1925, R.H. 1926, p. 345.

blissements hospitaliers, par deux arrêts des 2 mai 1931 et 20 juin 1932 (7).

La loi, en effet, a limité l'obligation en fixant les chiffres en-dessous desquels l'établissement d'un marché écrit n'est pas indispensable.

Ces limites arrêtées par l'article 16 du décret du 5 novembre 1926 sont les suivantes :

1.500 francs dans les communes de moins de 10.000 habitants,

3.000 francs dans les communes de moins de 50.000 habitants mais de plus de 10.000 habitants ;

6.000 francs dans les communes de plus de 50.000 habitants.

La forme du marché de gré à gré n'appelle aucune observation particulière. Les marchés doivent être timbrés et enregistrés. Cependant, en vertu de l'article 32 de la loi du 15 juillet 1893, tous les marchés relatifs au service de l'assistance médicale sont dispensés du timbre et enregistrés gratis. Cette disposition a été étendue aux marchés pour le service des vieillards, infirmes et incurables par l'article 38 de la loi du 14 juillet 1905 et pour le service des enfants assistés par l'article 53 de la loi du 27 juin 1904.

§ 2. — L'adjudication

L'adjudication n'est pas la caractéristique du marché administratif. Elle est souvent le préambule de simples contrats de droit privé.

Les formalités de l'adjudication sont réglées par l'ordonnance du 14 novembre 1837 combinée avec l'article 8 de la loi du 7 août 1851 et la loi du 9 février 1927.

Longtemps, le Conseil d'Etat a implicitement appliqué aux établissements publics hospitaliers l'alinéa premier de l'article 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1837, suivant lequel

« il pourra être traité de gré à gré, sauf approbation par « le préfet, pour les travaux et fournitures dont la valeur « n'excèdera pas 3.000 francs » (8).

(7) Voir R.H. 1932, p. 115 et R.H. 1933, p. 118.
(8) Voir notamment l'arrêt du 12 février 1926, R.E.B. 1926, p. 357.

Mais, par un arrêt du 13 novembre 1935 (9), il a décidé en termes exprès que l'article 8 de la loi du 7 août 1851 est seul applicable aux hospices et hôpitaux quant aux conditions dans lesquelles peuvent être passés des marchés de gré à gré.

Le premier acte, acte essentiellement unilatéral de l'administration, est l'établissement du cahier des charges. C'est une pièce de nature assez complexe comportant des clauses très diverses :

1° des clauses réglementaires relatives aux formalités mêmes de l'adjudication, formalités qui constituent en même temps que les garanties données aux soumissionnaires (publicité, concurrence égale pour tous, etc...) les privilèges de l'administration ;

2° les futures clauses contractuelles, c'est-à-dire toutes les stipulations et conditions du contrat qui sera conclu à la suite de l'adjudication, notamment la liste des prestations respectives et, en général, des droits et obligations de l'administration et de l'adjudicataire ;

3° des clauses d'ordre interne ne touchant que l'organisation administrative (répartition du travail administratif entre les agents intéressés, etc...).

L'organisation de l'adjudication et le cahier des charges sont portés à la connaissance des personnes intéressées par une publicité adéquate (affichage, insertion dans les journaux, invitation adressée aux entrepreneurs de consulter le cahier des charges déposé à cet effet dans l'un des bureaux de l'administration).

Souvent, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837, la soumission proprement dite est précédée d'une décision de l'administration fixant la liste des maisons qui seront admises à soumissionner.

Les offres sont ouvertes en séance publique et les résultats sont consignés dans un procès-verbal (articles 7 à 9 de l'ordonnance).

A la suite de l'examen et de la comparaison des offres, l'adjudication est donnée à la maison ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

(9) R.H.F. 1936, p. 295.

Les adjudicataires ne peuvent en rien modifier les clauses et conditions du cahier des charges. Le contrat intervenant à la suite de la soumission se présentera donc comme un simple acte d'adhésion. L'offre faite vaut acceptation de toutes les clauses et conditions.

Les observations que nous avons faites à l'occasion des marchés de gré à gré quant à l'enregistrement valent également pour les marchés sur adjudication.

Il n'est pas besoin d'une longue démonstration pour s'apercevoir que la distinction des marchés de gré à gré et des marchés sur adjudication ne correspond nullement à la distinction entre le contrat de droit privé et le contrat administratif proprement dit.

Le marché de gré à gré peut viser exactement au même but et comporter exactement les mêmes clauses contractuelles que le marché sur adjudication. Ainsi l'adjudication de la ferme des biens communaux donne lieu à un simple contrat de droit privé (10).

La seule conclusion qu'il soit permis de tirer de la forme des commandes passées par l'administration est celle-ci : en l'absence de tout écrit — notamment, pour les établissements hospitaliers, si la Commission administrative agit à l'intérieur des limites que nous avons tracées quant à la dispense que leur a accordée le législateur — il paraît impossible de conclure à la nature administrative de la convention. Dans ce cas exceptionnel, il faut présumer que l'administration entend agir comme un simple particulier (11).

Mais hormis ce cas, il est indispensable, pour déterminer la nature des relations s'établissant entre l'administration et le cocontractant, de remonter à l'objet même de l'opération.

SECTION II

Les conséquences à tirer de l'objet des marchés

Il importe de distinguer les marchés de travaux et les marchés de fournitures.

(10) C.E. 8 juin 1888, R.E.B. 1889, p. 305.
(11) Voir en ce sens Jèze, *op. cit.*, p. 162.

§ 1. — Les marchés de fournitures

Suivant la distinction adoptée par le Conseil d'Etat depuis l'affaire « Granits Porphyroïdes des Vosges » (12), il faut vérifier dans chaque cas d'espèce si le marché conclu par l'administration renferme des clauses exorbitantes, caractéristiques de la gestion publique, ou si les termes du marché n'impliquent aucun emploi de la prérogative de puissance publique. En général, il semble que l'on puisse affirmer que les fournitures faites aux établissements hospitaliers n'impliquent aucune participation directe de l'entrepreneur au service hospitalier. Il n'y a pas là autre chose qu'un simple contrat de vente de matières. Autre chose serait si l'intéressé participait directement au service, par exemple s'il était chargé de l'alimentation des malades. Mais dans la plupart des cas, les marchés de fournitures des établissements publics hospitaliers se réduisent à de simples actes contractuels de droit privé. Par conséquent, le contentieux, auquel ils peuvent donner lieu, est de la compétence des tribunaux ordinaires, malgré la forme administrative, dans laquelle ils sont souvent rédigés (13).

Nous avions l'occasion de souligner que cette solution était longtemps adoptée *a priori* et sans discussion, parce que l'on admettait que l'administration municipale et l'administration hospitalière n'avaient à gérer que des intérêts de nature privée. Aujourd'hui, ce point de vue étroit est dépassé. Le droit administratif a évolué.. Malgré la jurisprudence encore hésitante du Conseil d'Etat, il faut se résigner à admettre que les marchés de fournitures des établissements publics hospitaliers ne sauraient pas plus longtemps être, *a priori*, traités comme de simples contrats de droit privé, mais qu'au contraire il importe de les analyser *a posteriori*, afin de constater si l'administration a usé de la gestion publique ou de la gestion privée (14).

(12) C.E. 31 juillet 1912, Recueil 912, conclusions de M. Blum.

(13) Voir notamment en ce sens, en matière hospitalière, C.E. 7 juin 1918, R.H. 1920, p. 333 et Cass. 30 mars 1898, R.E.B. 1898, p. 142, C.A. Lyon 26 décembre 1924, R.H. 1925, p. 262

(14) Le caractère inéluctable de cette conséquence n'a pas échappé à Hauriou, puisque cet auteur a été amené à modifier, dans la dernière édition de son Précis, la onzième, l'opinion contraire qu'il avait soutenue jusqu'alors.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas encore eu à statuer d'une manière directe sur cette question.

Cela prouve, peut-être, qu'en fait, les marchés de fournitures des établissements hospitaliers et de l'administration locale ne sont qu'exceptionnellement des marchés administratifs.

Rappelons que le contentieux des formalités administratives antérieures aux marchés ne peut relever que des tribunaux administratifs, les tribunaux ordinaires n'ayant pas qualité pour interpréter les actes de l'administration. Or, ce contentieux est important, puisqu'il comprend, notamment, les réclamations présentées à l'occasion de l'adjudication par les soumissionnaires évincés ou mécontents.

§ 2 . — Les marchés de travaux

I. — *Marchés administratifs et contrats de droit commun*

Les contrats de travaux des établissements publics hospitaliers sont-ils des contrats administratifs ?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que les marchés de travaux relatifs au domaine privé de l'administration ne sont en aucun cas des contrats administratifs, mais toujours de simples contrats de droit privé, ne donnant lieu qu'à un contentieux ordinaire devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (15). La réserve faite à l'occasion des marchés de fournitures quant aux conséquences de la forme administrative vaut également pour les marchés de travaux.

On serait tenté de conclure en partant de ce principe que les marchés de travaux des établissements publics hospitaliers sont toujours de simples contrats de droit privé, puisque ces établissements n'ont en principe qu'un domaine privé.

Ce serait commettre une erreur. En effet, les notions de travaux publics et de domaine public ne sont pas tout à fait parallèles.

(15) Voir entre autres les travaux exécutés à une ferme appartenant à un Hospice (C.E. 6 janvier 1888, R.E.B. 1889, p. 240.

Tout en faisant partie du domaine privé, les bâtiments affectés au service public peuvent faire l'objet de travaux publics dans le sens technique du terme. La qualité de travail public, en effet (16), ne dépend nullement du fait de l'appartenance de l'immeuble au domaine public. Le Conseil d'Etat admet, d'ailleurs, sans difficulté que les travaux publics soient exercés sur le domaine privé et même exceptionnellement sur les biens des particuliers (17).

Or, il importe de distinguer en ce qui concerne les établissements publics hospitaliers deux catégories nettement distinctes de travaux : ceux qui intéressent les immeubles occupés par les services de l'administration et ceux qui intéressent les immeubles de rapport. Les travaux exécutés dans les derniers, voire même la construction de pareils immeubles, ne peuvent jamais donner lieu à des travaux publics (18). Par contre, les travaux entrepris dans les immeubles administratifs proprement dits, ne seraient-ce que de simples réparations ou aménagements, peuvent constituer des travaux publics.

Retenons encore qu'aucune condition de forme particulière n'est exigée pour qu'il y ait travail public. Hauriou relève même (19) des cas de marchés de travaux publics verbaux reconnus par la jurisprudence du Conseil d'Etat (20). Les travaux publics peuvent être exécutés par la voie du marché de gré à gré, sans adjudication, dans les cas où la réglementation prévoit exceptionnellement la possibilité pour l'établissement considéré de traiter de gré à gré.

Concluons que les rapports entre l'établissement et l'entrepreneur peuvent se définir comme des rapports contractuels de droit administratif chaque fois que l'objet du travail est un im-

(16) Voir Berthélemy, p. 656, Hauriou, p. 758, 759.

(17) Voir notamment C.E. 30 décembre 1927, S. 1928-3-100 et l'étude de M. Pierre Souty — Revue Critique de Législation 1929, p. 587. Toutes les juridictions sont aujourd'hui d'accord pour juger que le caractère de travail public est indépendant de la nature de la domanialité, mais dépend uniquement de l'intérêt public que comporte le travail : C.E. 10-6-1921, S. 1921-3-49 ; 30-12-1927, S. 1928-3-100 ; 16-12-1932, S. 1934-3-19 ; Confl. 26-5-1924, S. 1926-3-46, Cass. Civ. 16-7-1936, Gaz. Pal. 1936, p. 457.

(18) Voir C.E. 6 janvier 1888, R. 9.

(19) 11e édition, p. 771.

(20) C.E. « Laralle », 12 juillet 1907.

meuble affecté au service. Cette solution résulte de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An VIII.

Il importe, toutefois, de constater qu'il n'y a opération de puissance publique que si le cahier des charges comporte des clauses exorbitantes consacrant des prérogatives de puissance publique.

Il en résulte que l'administration peut exercer un véritable choix en matière de travaux entre le marché ordinaire et le marché administratif en usant ou non, lors de l'établissement du cahier des charges, de ses prérogatives de puissance publique.

Par contre, les rapports contractuels sont de nature exclusivement privée dans les cas où ils ont pour objet un immeuble non affecté au service, par exemple une maison de rapport.

Mais quels sont les caractères particuliers des contrats administratifs ? Telle est la question qu'il s'agit maintenant de préciser.

II. — *Caractères particuliers des contrats administratifs de travaux*

L'originalité du contrat administratif provient du fait que, suivant l'expression de Hauriou, « l'administration a réussi à transporter dans l'exécution du marché de travaux ses mœurs, ses habitudes, ses exigences ». L'auteur cite quelques exemples typiques.

L'administration peut modifier en cours d'exécution des marchés conclus. Elle se réserve même de résilier le marché, le cas échéant, moyennant indemnité ou de le mettre en régie. Mais la différence la plus frappante résulte de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An VIII qui confie aux Conseils de Préfecture le contentieux des difficultés s'élevant au cours de l'exécution du marché.

En somme, l'existence d'un contrat administratif suppose réunies plusieurs conditions, qui peuvent être résumées comme suit :

1° accord de volonté entre l'administration et l'entrepreneur

2° en vue de l'exécution d'un travail intéressant un immeuble affecté au service de l'établissement hospitalier,

3° soumission expresse ou tacite des parties au régime spécial du droit public, moyennant des clauses exorbitantes insérées soit au cahier des charges, soit au marché de gré à gré.

CHAPITRE XV

LES QUESTIONS PARTICULIÈRES DE COMPÉTENCE (1)

SECTION I

La compétence judiciaire

Les tribunaux ordinaires sont compétents pour toutes les difficultés s'élevant à l'occasion d'un contrat passé entre l'administration et l'entrepreneur, ne prévoyant pas, en faveur de l'administration, de clauses exorbitantes du droit commun.

Pratiquement, tel est le cas de la majeure partie des marchés de fournitures et des marchés de travaux portant sur les biens du domaine non affectés au service public (immeubles locatifs), de même que des marchés relatifs aux bâtiments occupés par le service, mais conclus sans recourir aux modes de gestion publique.

Pour ces contrats, il y aura lieu d'appliquer les prescriptions du Code Civil, et notamment les articles 1787 à 1799.

Notons que dans les marchés comportant à la fois des travaux et des fournitures, si le travail correspond à la définition des travaux publics, seuls les tribunaux administratifs seront compétents, même si le travail public apparaît comme moins important dans le marché que la fourniture, à condition toutefois qu'il ne soit pas négligeable (1 *bis*).

Une dernière question se pose : l'absence de tout écrit (notamment pour les marchés dispensés de la forme écrite) per-

(1) Nous nous contentons d'une classification.

(1 *bis*) Voir Cass. Req. 20 décembre 1897, D.P. 98-1-273, note, et Appleton, *op. cit.*, page 382.

met-elle de conclure au caractère de droit privé du contrat ? Nous avons relevé que souvent l'absence de tout écrit peut être interprétée comme une renonciation de l'administration à recourir aux modes de droit public. Mais est-il bien exact de conclure en particulier du défaut d'écrit, souvent justifié par la seule préoccupation d'éviter les frais d'enregistrement et de timbre, à un contrat de droit privé ? Nous distinguons : si le contrat verbal n'est conclu sur la base d'aucune prescription, ni d'aucun règlement administratif, auquel se soumet l'entrepreneur, il y a contrat de droit privé et, par conséquent, compétence judiciaire. Par contre, si la convention tacite intervient sur la base d'un règlement de l'administration ou d'un cahier des charges, prévoyant autre chose que l'application pure et simple du droit commun, il y a un contrat administratif et les difficultés qu'il entraîne ne pourront être tranchées que par le tribunal administratif.

SECTION II

La compétence administrative

En matière contractuelle, les tribunaux administratifs seront moins souvent que les tribunaux ordinaires appelés à statuer sur la responsabilité de l'administration envers les entrepreneurs et fournisseurs ; mais ils se réservent à bon droit l'ensemble du contentieux relatif aux formes extérieures aux marchés.

§ 1. — Le contentieux des formalités administratives entourant les marchés

Quelle que soit la nature du contrat à intervenir — contrat ordinaire ou marché administratif — il est toujours loisible à l'administration — souvent elle y est même obligée — de recourir, en vue de conclure dans les conditions les meilleures, aux formalités de l'adjudication appelées à la mettre en contact

avec les futurs contractants. Les formalités de l'adjudication et de la soumission, qui constituent des actes unilatéraux de l'administration, entraînent un contentieux exclusivement administratif.

La distinction entre les questions se rattachant à l'interprétation et à l'exécution des clauses d'un marché et les questions relatives à la forme administrative du marché a été lumineusement faite dans un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 29 juin 1895 (2). « Attendu, dit-il, que, si le tribunal (civil) est compétent pour examiner les questions qui se rattachent à l'interprétation des clauses du marché et de son exécution, il ne saurait, par suite des règles sur la séparation des pouvoirs, trancher celles qui sont relatives à la forme administrative du contrat ».

Ainsi le soumissionnaire qui se trouve exclu ou évincé, alors qu'il remplissait les conditions pour être admis, devra agir devant le Conseil de Préfecture. Mais, remarquons que pour ces actions, le Conseil de Préfecture, même en matière de travaux publics, n'est pas compétent en vertu de l'art. 4 alinéa 2 de la loi du 28 pluviôse An VIII, car ce texte suppose qu'un marché soit déjà intervenu. Sa compétence découle du décret du 5 mai 1934. En l'occurrence, ce sera généralement la voie du recours en excès de pouvoir que suivra l'entrepreneur évincé. Nous sommes, par hypothèse, en matière non contractuelle.

§ 2. — Le contentieux de l'exécution des contrats administratifs

En vertu du texte précité de la loi du 28 pluviôse An VIII, « le Conseil de Préfecture se prononcera sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ».

La compétence du Conseil de Préfecture est territoriale. Elle est déterminée par la situation de l'immeuble et non par

(2) R.E.B. 1896, p. 78.

le domicile du défendeur. Le Conseil d'Etat admet exceptionnellement la prorogation conventionnelle de compétence *ratione loci* (3). La compétence *ratione loci*, en effet, ne touche pas à l'ordre public.

En dépit du caractère spécial de la juridiction d'attribution dévolue au Conseil de Préfecture, l'utilité qu'il y a de soumettre au juge administratif les litiges nés à l'occasion des marchés administratifs a incité les tribunaux, et notamment la Cour de Cassation, à interpréter très extensivement le texte qui opère cette dévolution.

L'interprétation abusivement large a perdu sa raison d'être depuis que la juridiction administrative s'est reconnue compétente pour connaître des difficultés soulevées par les marchés relatifs au service public en général et que, par décret du 5 mai 1934, la compétence d'attribution des Conseils de Préfecture a été étendue d'une manière générale aux litiges relatifs aux contrats administratifs passés par les établissements publics autres que les établissements nationaux. Mais, si cette interprétation large a perdu sa raison d'être, elle n'a pas perdu son intérêt — nous le constaterons dans un instant — quant aux effets de la responsabilité.

C'est donc le Conseil interdépartemental de préfecture qui, aujourd'hui, est compétent pour connaître des difficultés s'élevant entre les commissions administratives et les entrepreneurs et fournisseurs, avec lesquels elles passent des marchés administratifs (4). Mais il n'en connaît qu'en premier ressort et à charge d'appel devant le Conseil d'Etat.

Notons que pour toutes les difficultés nées entre les parties à l'occasion du marché administratif, seul le recours en indemnité est recevable, le recours en excès de pouvoir étant exclu en matière contractuelle.

Résumons :

1° Suivant la jurisprudence, ne peuvent donner lieu à un contentieux administratif de pleine juridiction que les difficultés relatives aux contrats de travaux passés en vue du service public proprement dit, et notamment en vue de l'entretien

(3) Voir C.E. 24 juillet 1934, R.H. 1934, p. 548.

(4) Article 4 de la loi du 28 Pluviôse de l'An VIII et décret du 5 mai 1934 combinés.

ou de la construction des immeubles affectés au service, à la condition que ces contrats comportent des clauses exorbitantes du droit commun. Ne remplissent pas ces conditions les marchés conclus en vue de l'entretien ou de la construction d'immeubles de rapport et de la fourniture ou de l'entretien de meubles. Le tribunal compétent, dans ce cas, est toujours le Conseil de Préfecture, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat.

Nous ajoutons que doit être également considéré — malgré l'hésitation marquée par les tribunaux administratifs — comme un contrat administratif soustrait à l'appréciation des tribunaux ordinaires le marché de fournitures conclu en vue du service, dès lors que ses clauses et conditions comportent en faveur de l'administration des droits exorbitants du droit commun. Il n'y a aucune raison, par exemple, de considérer comme un simple contrat de droit privé le marché par lequel un entrepreneur s'oblige à fournir les pierres pour la transformation d'un service de malades, alors que le contrat prévoit des clauses exorbitantes de droit commun, telles que le droit de résiliation immédiat par simple décision de la Commission administrative, sous réserve d'indemnité, ou la possibilité de la modification de la fourniture, même en cours d'exécution, cas, il est vrai, bien moins fréquent en matière de fournitures qu'en matière de travaux.

2° Ne peuvent donner lieu à un contentieux administratif en annulation que les difficultés surgissant à l'occasion d'actes ou de décisions administratifs intervenant en dehors du domaine des contrats, notamment dans la procédure d'adjudication. Le tribunal compétent pour ces recours est également le Conseil de Préfecture, mais cela en vertu, non pas de la loi du 28 pluviôse An VIII, mais du décret du 5 mai 1934.

3° Tous les autres litiges relatifs aux travaux et fournitures s'élevant entre la Commission administrative et les entrepreneurs et fournisseurs sont de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires.

CHAPITRE XVI

LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION I

La responsabilité pour violation des formes administratives extérieures au marché

Le contentieux relatif à la forme administrative est exclusivement réservé aux tribunaux administratifs, quoiqu'il se rencontre très souvent à l'occasion de contrats qui n'ont pas le caractère de marchés administratifs et dont le contentieux n'appartient qu'aux tribunaux ordinaires. La raison en est que ces formes, loin de faire partie intégrante des contrats, constituent des actes administratifs ayant une existence indépendante. Elles sont exécutées en vertu de la réglementation légale (1) ou en vertu du pouvoir réglementaire appartenant à la Commission administrative (2). Par le règlement l'administration affirme sa prérogative de puissance publique.

C'est un contentieux d'annulation qu'entraînent les décisions prises par la Commission administrative à l'occasion de la procédure d'adjudication de travaux et fournitures ; le recours en indemnité pourra se greffer sur le recours en excès de pouvoir suivant les principes que nous avons rappelés.

Le Conseil d'Etat a eu à plusieurs reprises à statuer en matière d'adjudications organisées par les commissions administratives d'établissements hospitaliers. Nous nous bornons à

(1) Voir ordonnance du 14 novembre 1837 relative aux marchés passés pour le compte des établissements de bienfaisance et loi du 7 août 1851.

(2) Cahier des charges établi en vue d'une adjudication.

citer les cas les plus intéressants. Ils se rapportent notamment aux irrégularités commises dans l'appel à la concurrence et dans l'admission des entrepreneurs, à la valeur des clauses de limitation du prix, au dépôt et au retrait d'offres.

§ 1. — Appel a la concurrence insuffisant

1) Le 12 février 1926, le Conseil d'Etat a eu à apprécier le cas suivant (3) : la Commission administrative d'un hôpital avait passé de gré à gré un marché pour installation du chauffage central, alors que les conditions posées par la loi pour qu'un contrat de gré à gré pût être conclu n'étaient pas remplies. Deux entrepreneurs ont introduit au Conseil d'Etat un recours en excès de pouvoir, tant contre la délibération de la Commission administrative arrêtant le marché de gré à gré que contre l'arrêté préfectoral qui l'approuvait.

Le Conseil d'Etat, estimant que, sauf les exceptions légales, toutes les entreprises de travaux et fournitures des hospices doivent être « données avec concurrence et publicité », a annulé l'arrêté préfectoral, tout en relevant que la validité du contrat lui-même « ne peut être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

2) Le 1er décembre 1925 (4) la Cour des Comptes a arrêté que la Commission administrative qui, en vertu du cahier des charges, réserve tous ses achats aux entrepreneurs de sa commune, agit contrairement au « principe de la libre concurrence ».

§ 2. — L'admission des entrepreneurs

L'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 autorise l'administration à n'admettre « à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration ».

Ce droit, que possède la Commission administrative d'exer-

(3) Voir R.E.B. 1926, p. 360.
(4) R.H. 1926, p. 346.

cer un choix parmi les entrepreneurs offrant leurs services, peut donner lieu à des abus. L'administration doit en user avec circonspection.

Mais le Conseil d'Etat a décidé nettement (5) qu'en refusant d'admettre deux entrepreneurs, « la Commission administrative n'a fait qu'user des pouvoirs qui sont propres à l'autorité chargée de procéder à l'adjudication ». Pour réussir dans leur action, les entrepreneurs devaient rapporter la preuve que la Commission « a fait usage de ses pouvoirs pour un autre but que celui en vue duquel ils lui ont été conférés », c'est-à-dire la preuve du détournement de pouvoir.

§ 3. — La valeur des clauses du prix minimum et du prix maximum

Le Conseil d'Etat a arrêté que, dans les cahiers des charges, si la clause du prix maximum est valable, il n'en est pas de même de la clause du prix minimum. Cette clause est illicite comme contraire au principe de la concurrence. L'adjudication donnée en vertu de cette clause est irrégulière. L'arrêté préfectoral qui l'approuve doit être annulé (6).

§ 4. — Le dépot et le retrait d'offres

S'il appartient à l'administration de ne pas retenir les offres jugées insuffisantes, présentées en temps utile dans une soumission, elle ne peut, sauf autorisation au cahier des charges, agréer la soumission d'un entrepreneur qui n'avait pas régulièrement participé aux opérations de l'adjudication, qui, notamment, n'avait pas présenté son offre avant le moment où l'ouverture des plis a commencé (7).

Le soumissionnaire a-t-il le droit de reprendre son offre avant l'ouverture des offres ?

(5) Arrêt du 8 mai 1934, R.E.B. 1935, p. 297.
(6) Voir arrêt du 24 juillet 1914, R.E.B. 1915, p. 191.
(7) En ce sens, C.E. 10 novembre 1922, R.E.B. 1923, p. 28.

Il paraît résulter des termes de l'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 (8), que l'entrepreneur qui a remis son offre avant la séance publique pourra la reprendre avant cette séance.

Mais il n'est pas douteux qu'il appartient aux Commissions administratives de prévoir dans leur cahier des charges une clause prescrivant que toute offre remise à la suite de la publication, même avant la séance publique, est définitive.

§ 5. — L'adjudication

Nous venons de prendre connaissance d'une décision du Conseil d'Etat (9), suivant laquelle un marché conclu par la Commission administrative ne saurait être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il n'y a là rien de nouveau. Mais en vue de prévenir des malentendus, la question mérite d'être précisée. Dans l'affaire précitée, les requérants avaient demandé et le Conseil d'Etat avait refusé d'annuler le marché lui-même. Il ne s'agissait nullement d'annuler une décision administrative d'adjudication prise par la Commission administrative. Ces décisions, en effet, ont une existence indépendante du marché et sont susceptibles, par conséquent, d'être contrôlées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a statué en ce sens à maintes reprises (10).

L'arrêté d'approbation pris par l'autorité de tutelle constitue toujours un acte administratif indépendant du contrat, acte annulable pour excès de pouvoir (11). Il n'y aurait pas de raison valable de refuser ce même caractère à la délibération de la Commission administrative portant adjudication. Il faut nettement distinguer cette délibération de l'acte contractuel lui-même (12).

En effet, les tiers, non parties au contrat, notamment les

(8) « Les soumissions devront toujours être remises cachetées en séance publique ».

(9) Voir arrêt du 12 février 1926 précité.

(10) C.E. 30 mars 1906, Lebon, p. 279 ; C.E. 15 mai 1914, Lebon, p. 606.

(11) Arrêt du 12 février 1926, précité.

(12) Voir C.E. 11-12-1935, R.E.B. 1936, p. 585.

entrepreneurs évincés par la délibération portant adjudication, n'ont pas à considérer la délibération dans ses qualités contractuelles. Pour eux, elle constitue un simple acte administratif, une décision exécutoire faisant grief.

Tous les actes antérieurs à l'adjudication, c'est-à-dire à la conclusion du contrat, sont, de même, de simples actes administratifs, que le futur adjudicataire pourrait, lui aussi, attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir, en tant qu'ils ne font pas partie intégrante du contrat.

Ce n'est pas l'opération du marché, mais l'acte administratif d'adjudication qui est en jeu (13).

L'annulation sera motivée, soit par l'illégalité des clauses et conditions, soit par l'inobservation des formes prescrites par le cahier des charges (14), soit par le détournement de pouvoir (15). Il est remarquable que les motifs d'annulation peuvent même être tirés de la nullité des clauses de nature contractuelle n'impliquent aucune prérogative de puissance publique, contenues dans le cahier des charges.

Citons, à titre d'exemple, l'annulation par le Conseil d'Etat de la délibération par laquelle la Commission administrative prétend modifier l'adjudication qu'elle a déjà donnée par une délibération antérieure (16).

On pourrait se demander quelle utilité il y a pour l'entrepreneur évincé de faire annuler les décisions prises par la Commission administrative et par l'autorité de tutelle, puisque le contrat subsiste, quelle que soit l'issue de son action. Remar-

(13) Voir l'étude détaillée de la jurisprudence faite par M. Alibert, *op. cit.*, page 162.

(14) Depuis quelques années, le Conseil d'Etat tend à distinguer parmi les conditions de formes prévues celles qui sont dans le seul intérêt de l'administration. L'inobservation de ces formes ne peut être invoquée à l'appui d'un recours en excès de pouvoir.

(15) Par exemple, en cas d'application abusive de la faculté d'exclusion d'entrepreneurs, suivant l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837.

(16) Voir C.E. 11-12-1935 (R.E.B. 1936, page 585). Nous relevons dans cet arrêt le « considérant » suivant :

« Considérant que la Commission administrative, dont les pouvoirs comme bureau d'adjudication avaient pris fin au moment même de la clôture des opérations relatives à l'adjudication, ne pouvait par sa délibération en date du 30 décembre 1933 proclamer une autre entreprise comme adjudicataire des mêmes travaux ; qu'elle a ainsi excédé ses pouvoirs et qu'en raison de cette irrégularité, c'est à tort que le Préfet a donné son approbation à cette dernière délibération ».

quons que, si le contrat subsiste comme tel, en cas d'annulation de la délibération de la Commission administrative qui autorise sa conclusion ou de la décision du Préfet qui l'approuve, cette annulation a pour effet de mettre l'administration dans l'impossibilité de l'exécuter. Fréquemment, il est vrai, le contrat aura été exécuté avant que l'annulation ne soit intervenue.

La Commission administrative, qui a passé un marché dûment approuvé par l'autorité de tutelle, n'hésite pas, malgré le recours introduit par l'entrepreneur, à l'exécuter et les lenteurs de la procédure lui permettront généralement de régler l'entrepreneur avant que l'arrêt du tribunal administratif compétent intervienne. Quels risques court-elle ? Si l'entrepreneur évincé remplissait toutes les conditions pour être déclaré adjudicataire, il réclamerait à bon droit une indemnité, qui se composerait de la somme des frais exposés et du manque à gagner. Mais l'hypothèse est exceptionnelle en raison de la faculté réservée à la Commission administrative par l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837 de n'admettre à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration, droit discrétionnaire dont l'exercice ne peut être contrôlé qu'au moyen du recours pour détournement de pouvoir. Il faut supposer que l'entrepreneur ait été évincé, soit sans motif légitime, après avoir été admis à soumissionner (17), soit par le moyen d'un véritable détournement de pouvoir, détournement dont souvent la preuve est extrêmement difficile. Dans tous les autres cas, l'administration ne court pas de grands risques, car l'entrepreneur qui se prétend lésé n'arrivera que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles à rapporter la preuve d'un dommage certain, ayant sa cause directe dans l'irrégularité commise par la Commission administrative.

Concluons que les Commissions administratives des établissements publics hospitaliers, qui usent de la faculté que leur laisse l'article 3 de l'ordonnance du 14 novembre 1837, jouissent — réserve faite de la tutelle administrative — d'une très grande indépendance au point de vue du choix des entrepreneurs dans les adjudications qu'elles prononcent.

Avec la délibération prononçant l'adjudication, nous som-

(17) Voir arrêt du Conseil d'Etat du 8 mai 1934 précité.

mes déjà entrés dans la matière du contrat, car pour l'adjudicataire elle constitue l'acceptation de son offre.

Examinons à présent, comment vont se régler les relations entre la Commission administrative et l'adjudicataire sous le régime contractuel.

SECTION II

La responsabilité contractuelle administrative

Rappelons que nous ne nous préoccupons, pour le moment, que des relations existant entre l'administration et les entrepreneurs et fournisseurs avec lesquels elle contracte. Nous nous réservons l'étude de la très importante question de la responsabilité pour les dommages causés aux tiers par l'exécution des travaux et fournitures.

Rappelons encore que, pratiquement et selon la jurisprudence, les marchés passés par les Commissions administratives avec les entrepreneurs et fournisseurs n'ont la qualité de contrats administratifs qu'en matière de travaux publics. Sans doute pourrait-on imaginer de rares exemples d'autres contrats administratifs de travaux ou fournitures, par exemple, le marché de fourniture de l'alimentation aux malades par un entrepreneur, le contrat passé avec un syndicat médical ou avec une société de brancardiers, en vue de fournir le personnel médical ou hospitalier nécessaire suivant les besoins du service ou suivant une liste d'emplois préétablie, le marché en vertu duquel une société de transports assure le service de transports de malades de l'hôpital. Mais ces cas d'appel à l'initiative privée pour l'exécution directe d'une partie du service public hospitalier sont à tel point exceptionnels et rares, que nous pouvons concentrer notre étude sur la matière des travaux publics. Ce sont d'ailleurs les mêmes principes qui s'appliquent ici et là.

A défaut d'un cahier des charges unique, valant pour toutes les Commissions administratives d'hospices et d'hôpitaux, il

est difficile de faire une étude d'ensemble complète de la responsabilité des établissements hospitaliers envers les entrepreneurs de travaux publics. C'est, en effet, le contenu du cahier des charges, partie intégrante du contrat, qui fixe les droits et obligations réciproques des parties. Cependant, le caractère exorbitant des clauses dans lesquelles s'affirme la prérogative de puissance publique, les seules qui nous intéressent ici, facilite la tâche d'en énumérer les principales. Elles figurent, d'ailleurs, au cahier des clauses et conditions générales de l'Administration des Ponts et Chaussées, sur lequel les Commissions administratives prennent très souvent modèle. Nous ne citons que celles qui permettront de mesurer la responsabilité de l'établissement hospitalier.

Remarquons encore que, sauf clause contraire au cahier des charges, c'est aux principes du droit privé que devront avoir recours les tribunaux administratifs pour apprécier la responsabilite de l'administration. Nous renvoyons à cet égard aux principes de la vente, du louage d'ouvrage, etc... du droit commun.

§ 1. — Les droits de surveillance de la Commission administrative

Sans doute, le travail est-il exécuté exclusivement par l'entrepreneur (18). Mais l'administration a un intérêt à vérifier l'exécution impeccable, à contrôler le détail des travaux et fournitures et à se tenir informée de l'évolution des travaux. Elle doit pouvoir, devant l'imprévu, prendre de nouvelles décisions. Elle doit se mettre en mesure de vérifier utilement les décomptes que présentera l'entrepreneur et de réceptionner les travaux et, en général, de surveiller la stricte observation des clauses du contrat. Aussi, la plupart des cahiers des charges prévoient-ils au profit de l'administration la réserve de la subordination à ses agents de toutes les personnes travaillant au chantier et de l'entrepreneur lui-même, qui devra se présenter à l'agent ou

(18) Le cahier des charges impose même généralement l'exécution personnelle par l'adjudicataire.

au technicien de l'administration sur sa demande pour fournir toutes explications désirées.

Ces droits étant réservés au cahier des charges, l'entrepreneur ne saurait s'y refuser ou rendre responsable l'administration des pertes de temps ou des frais qu'aurait pu entraîner pour lui l'exécution de cette obligation contractuelle.

§ 2.. — Les changements apportés au marché par l'administration Résiliation du marché

L'administration se réserve généralement dans le cahier des charges de modifier le contrat en cours d'exécution. Cette modification peut consister soit dans des changements apportés au contenu du marché, soit dans la mise en régie, soit même dans la résiliation. La jurisprudence administrative a, d'autre part, reconnu à l'entrepreneur certains droits pour obtenir la révision des prix figurant aux marchés conclus pour une certaine durée, si, à la suite d'événements imprévisibles au moment de sa conclusion, les prix ne sont plus en rapport avec la prestation fournie. Cette construction jurisprudentielle connue sous le nom de théorie de l' « imprévision » mérite également d'être rappelée.

I. — *Modification du contenu du marché par l'administration*

Dans toute construction, il peut arriver que le projet primitif, accepté d'un commun accord par l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage soit modifié en cours d'exécution. Mais si la modification n'est pas imposée par la survenance de quelque événement fortuit et imprévisible, il faut, pour réaliser valablement cette modification, qu'un nouvel accord intervienne. Le maître peut résilier le contrat en vertu de l'article 1794 du Code civil.

La différence en la matière du contrat de travaux publics consiste en ce que l'administration peut, en vertu des clauses

du cahier des charges, imposer à l'adjudicataire certaines modifications du contrat, sans qu'il puisse s'y soustraire ou résilier le contrat.

Quelles sont ces modifications ? Dans quelle mesure sont-elles licites ?

Cela dépend, évidemment, de la teneur du cahier des charges. Mais le cahier des charges n'est pas un acte d'omnipotence. Le contrat, dans lequel il serait stipulé que la Commission administrative peut exiger de l'entrepreneur toutes les modifications sans limitation aucune, ne serait plus un contrat du tout, mais un véritable acte de sujétion. La Commission administrative ne pourra pas, par exemple, exiger de l'entrepreneur chargé de travaux de maçonnerie de faire des constructions en fer. Il faut non seulement que le travail soit de ceux que peut normalement exécuter l'entrepreneur en question, mais encore qu'il se rattache directement au travail dont il est chargé.

Les cahiers des charges prévoient généralement que l'administration peut lui imposer des travaux supplémentaires de même nature, jusqu'à concurrence d'un sixième. Dans ce cas, si les travaux supplémentaires dépassent un sixième, l'accord de l'entrepreneur est indispensable (19).

Il est évident que cette extension du marché donne lieu à la révision des prix. L'administration ne peut imposer un prix à l'adjudicataire. Le prix est précisément l'élément, qui ne peut être unilatéralement prescrit par le cahier des charges, mais qui résulte de l'offre présentée, de la concurrence des entrepreneurs. Il y aura donc débat sur le prix entre l'administration et l'entrepreneur. En cas de désaccord, seul le juge du contrat, le Conseil de Préfecture aura qualité pour départager les plaideurs.

Il faut citer encore les difficultés susceptibles de naître entre l'administration et l'entrepreneur à l'occasion des délais imposés avant de donner l'ordre d'exécuter le marché. On ne saurait admettre que l'entrepreneur, à la suite de l'adjudication, soit indéfiniment tenu d'exécuter le contrat. M. Berthélemy (20) estime que le délai, dans lequel les travaux doivent

(19) Voir not. C.E. 5 mai 1933, D.H. 1933, p. 353.
(20) *Op. cit.*, p. 731.

être exécutés, ne saurait être prolongé que d'un an au plus. Ce délai passé, la résiliation du marché pourrait être demandée.

II. — *Modification des prix à la requête de l'entrepreneur. Application de la théorie de l'imprévision.*

Dans quelle mesure l'administration, qui a traité avec un entrepreneur, est-elle tenue de l'indemniser des pertes qu'il a pu subir à la suite d'événements majeurs, qui ne pouvaient être prévus au moment de la conclusion du marché ?

Le droit privé ne laisse pas sans ressources l'entrepreneur dans ce cas : l'article 1148 du Code civil exonère de tous dommages-intérêts le débiteur qui, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit (21), « a été empêché de faire ce à quoi il était obligé ».

Mais bien souvent les nécessités du service public, qui doit être continu, ne permettent pas que l'entreprise projetée soit différée pour des raisons relatives à la rémunération de l'entrepreneur. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il posé le principe de l'obligation de l'entrepreneur d'exécuter coûte que coûte le contrat, si l'administration l'exige, quitte à lui accorder une indemnité, indemnité qui n'a pas pour but de faire bénéficier l'entrepreneur de l'augmentation des prix intervenue, mais seulement de combler le déficit qui en résulte pour l'entreprise ; le bénéfice espéré ne saurait lui être bonifié.

Le cas peut parfaitement se produire en matière de travaux publics hospitaliers. La guerre, par exemple, n'est pas une raison suffisante pour autoriser l'entrepreneur d'abandonner le chantier de construction d'un service hospitalier, puisque, précisément, elle pourra avoir pour conséquence un besoin accru de nouveaux lits de malades ou de blessés.

La Commission administrative, chargée de pourvoir aux besoins hospitaliers de la population, examinera si l'événement grave et imprévu est de nature à diminuer le besoin et si elle croit devoir imposer à l'entrepreneur l'exécution du marché

(21) C'est-à-dire d'un événement totalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat.

convenu, celui-ci ne peut que se conformer à l'ordre d'exécution, quitte à réclamer ensuite l'application de la théorie de l'imprévision. Nous n'avons pas le loisir d'entrer dans le détail de cette théorie. Mentionnons simplement que le Conseil d'Etat, depuis quelques années, l'applique non seulement en matière de concession, mais également en matière d'entreprise de travaux publics (22).

Les contestations qui peuvent naître entre l'administration et l'entrepreneur quant à l'application de la théorie de l'imprévision portent sur le contrat et font partie du contentieux attribué aux Conseils de Préfecture.

III. — *Mise en régie et résiliation des marchés par l'administration*

La Commission administrative peut non seulement modifier, mais même rompre le marché, soit au moyen de la résiliation, soit au moyen de la mise en régie.

Les deux procédés ne sont pas inconnus en droit privé. L'article 1144 du Code civil prévoit que « le créancier peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». C'est la mise en régie. L'article 1794 du même Code prévoit que « le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

Ce qu'il y a de plus en matière de contrat administratif, c'est — quant à la mise en régie — le fait qu'elle ne résulte pas d'une autorisation de justice, mais d'une décision unilatérale de l'administration, susceptible, d'ailleurs, d'être contrôlée par le juge du contrat, le Conseil de Préfecture ; c'est — quant à la résiliation — le mode de détermination de l'indemnité qui est généralement imposé par le cahier des charges.

Aucune indemnité n'est due au cas où la résiliation est basée sur la faute de l'entrepreneur et, notamment, sur l'inexécution des obligations qui lui incombent.

(22) C.E. 4 février 1931, D.H. 1931, p. 194.

L'entrepreneur peut lui aussi résilier le marché administratif, si les travaux supplémentaires dépassent un sixième des travaux prévus au marché primitif ou si l'administration fait exécuter moins que les cinq sixièmes de ces travaux. Une indemnité peut lui être accordée dans ces circonstances. En aucun cas, il ne saurait obtenir du juge du contrat la condamnation de l'administration à exécuter le contrat primitif.

La solution contraire irait à l'encontre de l'indépendance de l'administration et constituerait une emprise illégale de la juridiction administrative sur l'administration active.

§ 3. — Les contestations. — Le contentieux. — L'arbitrage

Le cahier des charges règle le plus souvent la manière, dont il devra être procédé en cas de contestation entre l'administration et l'entrepreneur.

Afin d'éviter des recours abusifs aux tribunaux, il prévoit fréquemment, qu'avant de s'adresser au Conseil de Préfecture compétent, l'entrepreneur devra saisir la Commission administrative des difficultés qu'il éprouve de quelque ordre qu'elles soient. Cette clause est parfaitement valable, puisqu'elle laisse toujours à l'entrepreneur la ressource d'intenter la procédure au besoin.

Parfois, les cahiers des charges comportent des *clauses de prorogation de compétence*. Il importe de rappeler, à ce sujet, que, sauf la compétence *ratione loci*, ces clauses sont nulles comme contraires à l'ordre public, si elles se mettent en opposition avec les règles de compétence édictées par le législateur. Le juge compétent en matière administrative est toujours le Conseil de Préfecture.

Quels sont les *pouvoirs du Conseil de Préfecture* en matière de litiges nés à l'occasion des marchés de travaux publics ? Le Conseil de Préfecture, juridiction administrative, ne peut condamner la Commission administrative, administration active, à des obligations de faire. Les tribunaux administratifs

se refusent également à prononcer la sanction, qui, seule, garantirait l'efficacité de pareille condamnation, l'astreinte. Ainsi, la Commission administrative ne saurait être obligée, après avoir irrégulièrement décidé la mise en régie du travail faisant l'objet d'un marché en due forme, à revenir sur sa décision et à exécuter le marché. Le Conseil ne peut mieux faire devant le refus de la Commission administrative que d'allouer des dommages-intérêts.

Reste la question de l'*arbitrage*. La Commission administrative peut-elle obliger l'entrepreneur par une clause insérée au cahier des charges d'accepter l'arbitrage pour les litiges susceptibles de naître entre les parties ? Jusqu'à la loi du 17 avril 1906, l'administration se voyait refuser par les tribunaux administratifs le droit de compromettre, solution due au caractère d'ordre public des règles de compétence en matière administrative.

L'article 69 dudit décret a introduit la possibilité du recours à l'arbitrage en faveur de l'Etat, des départements et des communes, « pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures » (23). Mais le texte laisse en dehors de ses prévisions les établissements publics. Les considérations qui, avant le décret, ont inspiré la jurisprudence dans le sens du refus du droit de compromettre imposent l'interprétation restrictive de l'énumération de l'article 69 précité. Dans l'état actuel de notre droit, les établissements publics hospitaliers n'ont pas le droit de compromettre. Les clauses des cahiers des charges instituant l'arbitrage sont nulles.

Toutefois, cette restriction au droit de recourir à l'arbitrage ne vise que le contrat de nature administrative, comportant par conséquent des clauses réservant à l'administration l'exercice de la puissance publique. Dans les contrats privés passés par l'administration hospitalière, l'insertion d'une clause compromissoire est parfaitement valable. L'article 9 de la loi du 7 août 1851 prévoit expressément les transactions faites par les commissions administratives.

(23) Voir la critique très énergique de cette disposition législative faite par M. Berthélemy « Traité Elémentaire », 13e édition, page 611, note 2.

§ 4. — Les sanctions prises par la Commission administrative

Le cahier des charges prévoit généralement toute une série de sanctions, que, dans des cas déterminés, l'administration peut prendre à l'égard des entrepreneurs fautifs en dehors de toute intervention juridictionnelle. Citons la mise en régie, la déchéance et la résiliation, dont nous avons déjà parlé, l'amende civile, etc...

L'entrepreneur sanctionné peut, bien entendu, contester devant le juge du contrat la régularité de la mesure prise à son égard et le tribunal peut annuler les sanctions intervenues et accorder à l'entrepreneur des dommages-intérêts le cas échéant. Rappelons, toutefois, qu'il ne saurait ni condamner l'administration à exécuter le contrat, ni l'empêcher à décider la mise en régie sans commettre un empiètement sur l'administration active.

TITRE IV

LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES TIERS

Nous quittons à présent les personnes familières à l'établissement public hospitalier, celles qui, en vertu soit de règlements, soit de contrats, sont avec lui dans un rapport nettement défini et nous pénétrons dans cette multitude d'inconnus, qui ne lèvent leur anonymat que pour demander à l'administration la réparation des préjudices que son activité leur a causés. Leur seul trait distinctif commun c'est de n'apparaître que par accident. Il n'y a pas de rapports juridiques préétablis entre l'établissement et les tiers lésés par son activité.

Toutes les activités exercées par l'administration hospitalière, toutes ses omissions et négligences sont susceptibles de créer des dommages. Il serait oiseux de dresser la liste complète des tiers susceptibles d'être atteints dans leur personne ou dans leurs biens. Nous citerons les parents des malades, les visiteurs, les livreurs, les passants blessés par les véhicules de l'administration, les personnes avec lesquelles l'administration est appelée à entrer en concurrence.

La variété des activités de l'administration se répercute jusque dans la responsabilité, parce que leur nature détermine la compétence juridictionnelle. Nous ne revenons pas à la discussion de cette idée, que nous avons soulevée en examinant dans son ensemble la question de compétence.

Soulignons, quant aux dommages causés aux tiers, l'attribution de compétence aux Conseils de préfecture faite par le législateur en matière de travaux publics et en matière de dommages causés par les services publics. Cette attribution de

juridiction appelle une étude spéciale de la question de compétence (chapitre XVII).

Ensuite, il y aura lieu d'étudier dans le détail l'application aux tiers des principes de la responsabilité que nous avons rappelés, étude qui se terminera par l'examen de la matière spéciale des dommages causés par les travaux publics (chapitre XVIII).

CHAPITRE XVII

LES QUESTIONS PARTICULIÈRES DE COMPÉTENCE

Dans le domaine de la compétence administrative, il importe de distinguer les juridictions auxquelles devra s'adresser le tiers lésé. Est-ce devant le Conseil d'Etat ou devant le Conseil interdépartemental de préfecture qu'il devra introduire le recours ?

Le Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative, est seul compétent, dès lors que la loi n'a pas expressément attribué compétence au Conseil de Préfecture.

Quelle est la compétence d'attribution du Conseil de Préfecture en matière d'action des tiers contre l'administration hospitalière ?

Deux textes législatifs ont fondé cette compétence : l'article 4, § 3 de la loi du 28 pluviôse An VIII pour les « réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration » et l'article premier du décret du 5 mai 1934 pour les « actions dirigées contre les... établissements publics autres que les établissements nationaux, en réparation des dommages imputés à leurs services publics ». Il est indispensable de commenter ces textes qui ne précisent pas ou insuffisamment les limites de l'attribution.

SECTION I

La compétence en matière de dommages causés par les travaux publics

Le texte de l'alinéa 3 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An VIII paraît, à première vue, dire exactement le contraire de ce que prétend aujourd'hui en tirer le Conseil d'Etat, puisqu'il distingue expressément les dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs de ceux procédant du fait de l'administration. Seuls ces derniers nous intéressent.

Mais la jurisprudence n'a pas cru devoir tenir compte de cette distinction, dont la reproduction dans la loi du 28 pluviôse An VIII est due à une bévue manifeste (1). Que ce soit l'entrepreneur de travaux publics ou l'administration qui est mis en cause, toujours c'est le Conseil de Préfecture qui devra être saisi de la réclamation visée au texte.

Toutefois, la jurisprudence a longtemps fait au point de vue de la compétence une autre distinction qui, elle, n'était pas dictée par les textes, la distinction entre les dommages aux choses et les dommages aux personnes. Tandis que, dès le début, elle admettait sans difficulté la compétence du Conseil de Préfecture pour les réclamations relatives aux dommages matériels, elle hésitait longtemps pour l'étendre aux réclamations relatives aux dommages aux personnes. Aujourd'hui, elle est fermement établie dans le sens de la compétence du Conseil de Préfecture pour les deux sortes de réclamations (2).

Les limites de cette compétence d'attribution méritent d'être précisées. Les considérations suivantes nous permettront de circonscrire son domaine :

1° Si le travail présente les caractères d'une voie de fait (emprise irrégulière sur la propriété privée, etc.), les tribunaux ordinaires pourront connaître des réclamations des tiers lésés.

2° Si le dommage est dû non pas à l'exécution ou à l'entre-

(1) Appleton, n° 219 ; Berthélemy, p. 735 ; Hauriou, p. 761.
(2) Voir Confl. 4 mars 1930, D.H. 1930, p. 287.

tien ou au défaut d'entretien de l'ouvrage public, mais à une faute commise dans l'exploitation même du service la compétence se détermine suivant les principes généraux. Le litige sera en dehors du cadre de l'article 4. La distinction ne manque pas, au demeurant, d'être fort délicate dans de nombreux cas.

3° La Cour de Cassation (Chambre des requêtes et Chambre criminelle) déclare compétents les tribunaux ordinaires, dès lors que le dommage a sa source dans un délit pénal commis par l'agent de l'administration.

Mais nous renvoyons, quant à la valeur de cette jurisprudence, qui est en opposition avec celle du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat, aux explications que nous avons fournies.

Dans tous les cas où le Conseil de Préfecture est compétent, il ne statue qu'en premier ressort, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat. Nous rappelons que, pour intenter l'action au Conseil de Préfecture, le tiers n'est pas obligé de provoquer au préalable une décision de l'administration qu'il entend attaquer.

Notons, enfin, que les dommages matériels se compensent fréquemment avec la plus-value résultant en faveur du tiers de l'exécution du travail public.

SECTION II

La compétence en matière « d'actions en réparation des dommages imputés aux services publics »

Les termes génériques de l'article premier, alinéa 1[er] du décret du 5 mai 1934, qui vise ces actions, n'englobent-ils pas le contentieux des travaux publics que nous venons de décrire ? On pourrait le croire. Les deux textes visent, en effet, un contentieux de l'indemnité et non un contentieux de l'excès de pouvoir. Mais il est une différence importante qui, il est vrai,

n'apparaît pas dans les textes et ne procède pas de considérations de compétence.

Elle procède du fond du droit, du principe de réparation lui-même. Traditionnellement, en effet, la responsabilité administrative en matière de travaux publics est construite sur la notion du risque, base d'indemnisation bien plus large que la notion de faute, qui sert de fondement à la théorie générale de la responsabilité administrative. C'est ce qui explique que ces deux contentieux sont restés distincts après la promulgation du décret du 5 mai 1934. Nous retrouverons la distinction en étudiant le contenu de la responsabilité de l'administration envers les tiers.

La compétence de premier ressort attribuée aux Conseils de Préfecture en matière de contentieux de l'indemnité ne soulève pas de difficultés particulières. Remarquons que, de même qu'en matière de travaux publics, le tiers préjudicié n'est pas obligé de provoquer, avant d'agir, une décision de l'administration.

En matière de contentieux de pleine juridiction, on peut dire que, depuis le décret du 5 mai 1934, la compétence d'attribution des Conseils de Préfecture est tellement large, qu'elle fait apparaître ces conseils comme les juridictions de droit commun de premier ressort pour toutes les réclamations formées par les tiers contre les établissements publics hospitaliers.

CHAPITRE XVIII

LE CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION I

La responsabilité administrative de droit commun

§ 1. — Les principes

La théorie administrative de la responsabilité pour faute de service — que nous avons rappelée — s'applique sans difficulté à la responsabilité de l'administration hospitalière envers les tiers, réserve faite de la matière des travaux publics, à laquelle nous réservons une section III, et qui constitue l'exception.

La seule différence entre l'administré et le tiers, au point de vue de la responsabilité, consiste dans la plus grande largesse du juge administratif envers le tiers dans l'appréciation de la faute. Nous ne revenons pas aux explications que nous avons fournies à ce sujet.

Nous ne voyons pas un intérêt majeur à rechercher la situation particulière des principaux types de tiers lésés par l'administration hospitalière au regard de la responsabilité de l'administration.

Rappelons simplement que, pour entraîner la responsabilité de l'administration, le tiers doit pouvoir invoquer une faute de service et justifier d'un dommage direct, matériel et certain, consistant dans une atteinte à un droit lui appartenant.

Cependant, nous apercevons dans cette foule de personnes anonymes appelées « tiers » trois catégories de victimes qui

retiennent l'attention en raison de leur situation originale. Ce sont les parents des administrés, les accidentés d'automobiles et les entreprises concurrentes de l'hôpital.

Nous consacrerons un paragraphe à chacune de ces trois catégories particulières.

§ 2. — La responsabilité envers les membres de la famille des usagers

Il suffit de compulser la jurisprudence encore peu abondante du Conseil d'Etat en matière de responsabilité hospitalière pour constater que les réclamations faites par les membres de la famille des administrés sont parmi les plus courantes. Ce n'est pas étonnant.

La disparition du gagne-pain est susceptible d'atteindre au vif l'existence même de la famille, doublant le dommage moral (que l'administration ne répare pas) d'un dommage matériel particulièrement grave, qui appelle l'indemnité. La gravité des conséquences pousse au maximum le ressentiment des survivants avertis de la faute de l'administration.

Tout parent peut-il réclamer une indemnité ? Certainement non. L'on serait tenté, au premier abord, de dire qu'il faut tenir compte des circonstances et notamment des rapports dans lesquels le réclamant se trouvait avec la victime de l'activité fautive de l'administration. Cette attitude serait conforme au principe énoncé par l'article 1382 du Code civil. La Cour de Cassation (Chambre criminelle) l'admet sans hésitation (1).

Mais cette solution n'a pas prévalu en matière de responsabilité administrative. Le Conseil d'Etat, toujours fidèle au principe que l'administration n'est pas responsable des conséquences fortuites de son activité, mais seulement des dommages causés par la violation de véritables droits appartenant au particulier, porte la limite de l'obligation d'indemniser là où cesse l'obligation alimentaire (2) qu'assumait l'accidenté en-

(1) Voir Cass. Crim. 26 novembre 1926, D.P. 1927-1-73 et 28 février 1930, D.P. 1930-1-49.

(2) Voir articles 203 et suiv. du Code Civil.

vers ses parents. Ainsi, dans un arrêt du 12 décembre 1930 (3), le Conseil d'Etat s'exprime comme suit, à l'occasion d'une réclamation à fin d'indemnité faite par la tante d'un malade, qui s'était suicidé dans un établissement d'aliénés :

« Concidérant... qu'aucune obligation alimentaire n'existait entre la requérante et son neveu, que, par suite, la demoiselle R... ne justifie d'aucun lien de droit avec la victime pouvant lui donner qualité pour réclamer une indemnité... » (rejet).

Ainsi encore, dans un arrêt du 11 mai 1928 (4), le Conseil d'Etat a refusé une indemnité dans des circonstances analogues à la concubine de la victime.

Cette contrariété de jurisprudence, constatée entre les deux tribunaux suprêmes, est profondément regrettable. L'établissement public hospitalier, en effet, encourra une responsabilité bien plus étendue en matière d'activité non spécialement administrative (5) qu'en matière administrative proprement dite (service hospitalier, etc.). Il n'y a, d'ailleurs, aucun moyen légal pour mettre les deux hautes juridictions d'accord. Il faut enregistrer cette contrariété comme une conséquence aussi regrettable qu'irrémédiable de la séparation des pouvoirs.

§ 3. — La responsabilité pour concurrence illicite : pharmacies hospitalières vendant au public

Les établissements publics hospitaliers n'ont pas de monopole général de l'hospitalisation. Ils peuvent donc être amenés à entrer en concurrence avec des établissements privés poursuivant des buts analogues. Cette concurrence, au premier abord, paraît théorique, car l'établissement public hospitalier n'est pas une entreprise commerciale. Mais la responsabilité ne peut-elle pas naître de l'inobservation du caractère non commercial des services publics ?

Nous avons vu qu'en matière d'hospitalisation de malades

(3) Lebon, p. 1069.
(4) Lebon, p. 607.
(5) Notamment dans l'importante matière de travaux et fournitures non relatifs aux ouvrages publics.

payants, l'établissement public, malgré la carence du législateur, n'agit pas contrairement à sa mission. Les cliniques privées ne sauraient, en principe, agir en annulation ou en indemnité. Tout au plus pourraient-elles saisir le juge administratif au cas où l'administration opérerait de véritables manœuvres de détournement de clients au préjudice d'un établissement déterminé (6).

Mais l'expérience fait apparaître un cas typique de concurrence illicite : le cas des pharmacies hospitalières.

La jurisprudence a eu à s'en occuper, il est vrai, sous le seul angle de l'imposition à la patente et à l'impôt sur les bénéfices commerciaux et industriels, mais le fait qu'elle a cru devoir assujettir les établissements hospitaliers audit impôt au cas où la pharmacie hospitalière vend au public (7) nous oblige à étudier spécialement la question de la concurrence.

I. — La vente d'articles pharmaceutiques au public par les pharmacies hospitalières est-elle licite ? L'administration ne peut, à seule fin de se procurer des recettes, entrer en concurrence avec l'initiative privée, Il faut, pour qu'elle puisse ouvrir une pharmacie vendant au public, qu'il y ait un intérêt collectif à satisfaire, un intérêt collectif négligé par l'entreprise privée. Il faut en conclure, quel que soit l'intérêt financier de l'établissement hospitalier, que la vente au public d'articles pharmaceutiques est illicite, dès lors que la population peut se procurer ailleurs dans des conditions satisfaisantes, c'est-à-dire sans être obligée à de longs déplacements, les articles en question. Tel sera le cas, si un pharmacien est établi dans la commune, pharmacien qui vend les produits demandés. Par contre, il semble que l'on ne puisse refuser au public de s'adresser à la pharmacie de l'hôpital au cas où les particuliers ne peuvent se procurer dans des conditions satisfaisantes auprès

(6) Il faudrait supposer, par exemple, que la clinique s'entend avec les parents d'un malade pour l'admission, mais que le transporteur, de connivence avec l'administration, amène le malade à l'hôpital.

(7) Voir C.E. 7 juillet 1933, R.H. 1933, p. 597, C.E. 23 mars 1934, R.H. 1934, p. 669.

des pharmaciens les remèdes, drogues et spécialités qu'ils demandent.

Le bénéfice réalisé par la pharmacie hospitalière — et il est inévitable qu'elle en réalise, car les spécialités, par exemple, se vendent à prix imposé laissant un bénéfice appréciable — revient à l'établissement et figurera au budget.

Voilà les conditions dans lesquelles se pose la question de responsabilité. Cette question peut être formulée de la manière suivante : dans les cas où la pharmacie vend illicitement des articles pharmaceutiques au public, les pharmaciens établis dans la localité peuvent-ils agir en dommages-intérêts ? Devant quelle juridiction porteront-ils leur action et comment se déterminera l'indemnité au cas où elle réussit ?

Il n'y a aucune objection à admettre les réclamations des pharmaciens atteints dans les droits, que leur confère leur monopole légal, par la vente au public faite par la pharmacie de l'hôpital. L'administration est en faute. Le dommage est certain. Les conditions de la responsabilité de l'établissement public hospitalier se trouvent donc remplies.

II. — Devant quelle *juridiction* le pharmacien lésé agira-t-il ? En d'autres termes, sommes-nous en présence d'un établissement public industriel ? Remarquons qu'attribuer ce caractère à la pharmacie hospitalière vendant au public, ce serait dédoubler sa nature juridique. N'oublions pas que la vente au public n'est que l'accessoire. Le rôle essentiel de la pharmacie hospitalière c'est de pourvoir l'établissement des articles pharmaceutiques, dont il a besoin lui-même. Aussi bien concluons-nous, sans même examiner si les conditions d'existence de l'établissement public industriel sont remplies, qu'en tout état de cause, la pharmacie hospitalière est un service public proprement dit.

Mais cette réponse laisse subsister une autre question : l'établissement vendant irrégulièrement au public ne commet-il pas une voie de fait ? Nous répondons encore par la négative, car la vente au public, généralement, n'est pas le fait du pharmacien, dont serait rendu responsable l'administration, suivant la théorie de la voie de fait, mais elle est organisée et décidée

par la Commission administrative elle-même. Elle a lieu en exécution d'un règlement administratif (8).

Nous sommes bien en matière de réclamation « dirigée contre les établissements publics... en réparation des dommages imputés à leurs services publics ». Les Conseils de Préfecture sont compétents, en vertu de l'article premier du décret du 5 mai 1934, pour connaître des actions intentées par les pharmaciens lésés contre les établissements publics hospitaliers.

III. — Comment se détermîneront les *indemnités* que les Conseils accorderont ?

La preuve du dommage est assez difficile dans le cas où plusieurs pharmaciens auraient pu bénéficier de la clientèle illicitement attirée à la pharmacie de l'hôpital. Le gain manqué de chacun d'eux ne peut être déterminé exactement. Le Conseil de préfecture arbitrera l'indemnité selon les circonstances qu'il apprécie souverainement.

Dans le cas plus rare où la clientèle n'aurait pu se procurer les articles pharmaceutiques que chez un seul pharmacien, le Conseil de Préfecture pourra plus facilement déterminer le montant approximatif du gain manqué en examinant les comptes de l'établissement.

§ 4. — Accidents automobiles imputés aux établissements hospitaliers.

S'il est un domaine de responsabilité administrative où le Conseil d'Etat a fait exclusivement œuvre de prêteur, c'est bien en matière d'accidents de circulation automobile imputés aux services publics. La théorie générale, qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat à cet égard, est appliquée

(8) Par contre, supposons un instant qu'une infirmière ou un autre agent de l'administration cèdent des médicaments, par exemple des remèdes magistraux simples, à des tiers sans aucune autorisation. Dans ce cas, les principes de la voie de fait nous paraissent applicables. Les tribunaux civils seront compétents pour connaître des réclamations des pharmaciens lésés.

aux accidents imputés aux conducteurs des voitures appartenant à des établissements hospitaliers.

Avant de préciser la responsabilité de l'établissement, examinons la question de compétence.

I. — Le Conseil d'Etat applique les principes généraux de la compétence administrative.

Dans un arrêt du 1er mai 1934 (9), saisi d'une action contre un département gestionnaire d'un asile d'aliénés, dont la voiture d'ambulance était entrée en collision avec une voiture particulière, il examine l'action au fond et la rejette, motif pris du défaut de la preuve que la collision était due à une faute du conducteur de l'ambulance. Par le même arrêt, sur recours incident du département contre le particulier, il constate qu' « ...il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de statuer sur la responsabilité que peut avoir encourue le sieur V... à l'égard du département, quant aux dommages causés à l'ambulance-automobile ».

Les tribunaux administratifs (10) sont compétents pour connaître de toutes les réclamations faites contre l'administration hospitalière à l'occasion des dommages causés par la circulation de ses voitures-automobiles.

Les difficultés de compétence connues depuis l'affaire Mélinette (11) ne se retrouvent pas en matière hospitalière, l'établissement public hospitalier n'ayant jamais le caractère d'un service public industriel.

La Chambre civile de la Cour de Cassation (12) se déclare même incompétente en matière d'accident d'automobile imputé à l'établissement public hospitalier dans les cas où le fait dommageable constitue une infraction pénale commise par le conducteur, dès lors que l'action contre l'administration est intentée au civil.

L'application du principe a lieu sans difficulté.

(9) R.E.B. 1935, p. 195.
(10) Les Conseils de Préfecture en premier ressort, le Conseil d'Etat en appel.
(11) Confl. 11-7-1933, D.P. 1933-3-65, S. 1933-3-97, avec les notes.
(12) Voir arrêt du 30 décembre 1930, R.H. 1931, p. 474.

II. — L'organisation de la responsabilité est profondément marquée par l'action prétorienne du Conseil d'Etat.

Le fait frappant dans les solutions données par la Haute Juridiction c'est la facilité avec laquelle elle a conclu à la responsabilité cumulative de l'agent et de l'administration. Non pas qu'elle ait pris soin de préciser dans les cas d'espèce que la faute personnelle de l'agent se doublait d'une faute de service. Elle a franchement renoncé à l'application de la distinction classique des deux sortes de faute et admis dans tous les cas, même en cas de faute légère et de faute très grave, le cumul des deux responsabilités.

Cette solution, fixée aujourd'hui par une jurisprudence touffue, revient en dernière analyse à celle dictée par le Code Civil : la responsabilité du commettant pour le préposé. Mais ce serait une erreur de croire que le Conseil d'Etat se borne à appliquer les articles 1382 à 1384 du Code Civil. Il ne s'y est pas référé. Il s'en est simplement inspiré. Il n'y avait aucune raison, à ses yeux, de traiter différemment la victime, suivant que le chauffeur fautif est un préposé ordinaire ou un agent administratif, et cette solution — voilà qu'apparaît le caractère prétorien de cette jurisprudence — il la justifie par les « dangers de la circulation automobile » (13).

Il atteint son but au moyen d'une véritable présomption de faute à l'égard à la fois du conducteur et de l'administration (14), présomption qui ne peut être détruite que par la preuve de la faute de la victime, du cas fortuit ou de la force majeure. La possibilité de la preuve contraire démontre, qu'il ne s'agit pas d'une véritable responsabilité pour le risque, mais d'une responsabilité pour faute. Néanmoins, elle évolue nettement vers la responsabilité pour le risque créé, car la présomption de faute implique, précisément, le risque que la preuve contraire ne réussit pas.

En dernière analyse, cette jurisprudence reste imprégnée

(13) Voir C.E. 29 juin 1934, D.H. 1934, p. 497 ; C.E. 23 janvier 1924, D.H. 1924, p. 172 ; C.E. 24 novembre 1922, Rec. 8727 ; voir Appleton, n° 240.

(14) La présomption ne peut, raisonnablement, être appliquée au cas où le dommage est dû à une collision entre deux voitures automobiles. Les présomptions contraires s'annulent.

d'une puissante originalité. Elle ne rejoint pas exactement, du moins dans son état actuel, celle de la Cour de Cassation.

Rappelons, en effet, que la jurisprudence ordinaire, en matière d'accidents d'automobiles se place entièrement sur le terrain de l'art. 1384 du Code Civil. Après de longues controverses, elle s'est cristallisée dans les principes suivants, notamment à la suite d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation en date du 21 juin 1935 : en matière civile, il ne suffit pas, pour dégager la responsabilité, de prouver l'absence de faute ; même en l'absence de faute, le conducteur est responsable. En cas de collision entre deux voitures, chacun des conducteurs est responsable envers l'autre du dommage qu'il lui a causé. C'est la consécration intégrale de la responsabilité pour cause de risque.

L'idée de risque comme fondement de la responsabilité a reçu une consécration plus directe et plus vaste en matière de dommages causés par les travaux et ouvrages publics.

SECTION III

La réparation des dommages causés par les opérations de travaux publics

Nous avons précisé le domaine de cette responsabilité, dont le contentieux a été spécialement attribué aux Conseils de Préfecture par l'article 4 alinéa 3 de la loi du 28 pluviôse An VIII. Il s'agit, maintenant, d'en déterminer le principe et l'organisation.

§ 1. — Les principes

Le caractère distinctif de cette responsabilité consiste, nous venons de l'annoncer, dans le principe, suivant lequel elle est organisée : elle est construite sur la notion du risque créé par l'administration. Les conséquences qu'il faut immédiatement souligner sont les suivantes :

1° Le tiers qui réclame n'a pas à rapporter la preuve d'une faute commise par l'administration. Il suffit qu'il prouve le dommage et son imputabilité au service ;

2° la responsabilité de l'administration n'est pas écartée par le cas fortuit, mais seulement par la force majeure.

Ces conséquences soulignent l'intérêt que comporte la détermination exacte des limites du contentieux spécial des dommages causés par les travaux publics, intérêt qui n'a pas échappé à la doctrine (15), mais dont la jurisprudence administrative n'a peut-être pas tenu compte d'une manière suffisante.

§ 2. — Les limites du contentieux des dommages causés par les travaux publics

Longtemps, le Conseil d'Etat en était à se demander si l'article 3 de la loi du 28 pluviôse An VIII était applicable aux accidents de personnes. D'abord, il ne l'appliquait qu'aux dommages aux biens et la plupart des auteurs distinguent aujourd'hui encore les deux catégories de dommages. Il n'y a plus à cela le même intérêt qu'autrefois, car, aujourd'hui, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits appliquent l'article 4 sans distinction (16).

Ce qu'il importe de préciser c'est la limitation réciproque du contentieux spécial des dommages causés par les travaux publics et du contentieux administratif de droit commun.

I. — *Historique*

Constatons immédiatement qu'à une époque où cette distinction ne s'imposait pas encore, parce que la théorie générale du contentieux administratif n'était pas encore solidement construite, le Conseil d'Etat, désireux de soustraire à la juridiction ordinaire les réclamations susceptibles de faire apparaître la faute ou de mettre en jeu les règlements de l'administration,

(15) Voir not. Hauriou, p. 761; et Appleton, n°s 219 et suiv.
(16) Voir Conflits 21 novembre 1928, Gaz. Trib. 18-9-1929.

n'a pas hésité à faire bénéficier très largement les victimes de travaux publics des avantages de la compétence d'attribution des Conseils de Préfecture. Il a largement interprété la notion de travaux publics et n'a nullement restreint cette compétence aux réclamations relatives aux dommages permanents causés par ces travaux. Il l'a étendue à bon nombre d'accidents, aux dommages aux choses mobilières et — nous venons de le dire — aux dommages aux personnes.

Seulement, l'exigence d'un travail public au sens technique du terme a longtemps entraîné l'inapplication de la compétence d'attribution des Conseils de Préfecture en matière de travaux des établissements publics hospitaliers, qui étaient considérés, alors, comme exécutés en vertu de simples contrats de droit privé. Selon les conceptions alors en vigueur, ces travaux ne pouvaient entraîner, même à l'égard des tiers, qu'un contentieux de droit commun (17).

Les idées ont évolué. Aujourd'hui, il n'y a plus de doute que le Conseil de Préfecture est compétent pour connaître de ces réclamations, si le dommage a été causé pendant l'exécution d'un marché de travaux administratif comportant des clauses exorbitantes du droit commun ou s'il résulte du voisinage de l'ouvrage public. En matière de gestion privée du service public ou d'établissement public industriel, nous avons vu qu'il faut se demander, si les tiers ne doivent pas s'adresser aux tribunaux administratifs, même au cas où le marché en vertu duquel les travaux sont exécutés, n'a pas, faute de clauses exorbitantes, le caractère d'un contrat administratif, dès lors qu'il est relatif à un bâtiment ou immeuble affecté au service. Nous le croyons.

II. — *Principe de la distinction*

Suivant quel principe, en définitive, distingue-t-on aujourd'hui le contentieux d'attribution des dommages causés par les trauvaux publics et le contentieux général de la responsabilité administrative pour faute ?

La jurisprudence est fixée en ce sens que l'attribution de ju-

(17) Voir Hauriou, p. 918, note 1.

ridiction, faite par l'article 3 de la loi du 28 pluviôse An VIII, s'applique aux réclamations relatives aux dommages causés par l'ouvrage ou son fonctionnement, tandis que la compétence de droit commun administratif vaut pour les réclamations relatives à des dommages dus à l'exploitation du service même.

L'exemple pratique, qui fait apparaître la portée de la distinction, est celui de l'accident dû au défaut d'entretien d'un ouvrage affecté au service. Dans cette hypothèse, la faute de l'administration est évidente. Ce n'en est pas moins un exemple de contentieux des travaux publics, car le dommage se rattache directement à l'ouvrage public et non pas au service (18).

La solution s'appliquerait par exemple au cas où un particulier fait une chute par suite de la dénivellation d'un escalier mal entretenu.

Mais, admettons que dans un immeuble affecté au service, le soir, la même personne fasse une chute dans un escalier, parce que les lampes, contrairement aux règlements, n'ont pas été allumées. Voilà un cas de responsabilité pour faute de droit commun administratif. Le dommage n'est pas imputable à l'ouvrage, mais à la faute de service consistant à négliger l'éclairage des escaliers.

Admettons encore que, lors d'un enterrement, à la morgue de l'hôpital, un parent du défunt, prenant place dans la demi-obscurité dans un banc fraîchement repeint et non signalisé par une pancarte, souille ses vêtements. Le dommage ne peut être imputé au service ; il résulte des travaux exécutés, d'où il faut déduire la compétence du Conseil de Préfecture en vertu de la loi du 28 pluviôse An VIII.

Citons, enfin, le cas des tiers victimes du mauvais état des routes à l'intérieur de l'hôpital : les routes d'un hôpital sont des immeubles affectés au service, rentrant, par conséquent, dans la définition des ouvrages publics. Il faut appliquer, en l'espèce, la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux routes de l'Administration des eaux et forêts (19). [Voir également la

(18) Voir Confl. 26 mai 1924, D.H. 1924, 230, Cass. Civ. 27 janvier 1925, D.H. 1925, 161.

(19) Voir C.E. 2 mars 1928, Gaz. Pal. 1928-2-102 ; 22 mai 1930, D.P. 30-3-49 ; 16 décembre 1931, 11-4-24, D.H. 1924, p. 437, et 10 mai 1907, D.P. 1908-3-116 ; 17 décembre 1909, D.P. 1911-3-122.

jurisprudence relative aux chutes d'arbres le long des routes par suite du mauvais entretien (20), au mauvais état d'un trottoir (21).]

Rappelons encore que la distinction des deux contentieux, que nous venons de préciser, n'a aucun effet quant à la compétence, puisqu'en matière hospitalière le Conseil de Préfecture est toujours compétent depuis le décret du 5 mai 1934.

§ 3. — Le dommage

A quelles conditions le dommage doit-il satisfaire pour entraîner la responsabilité de l'administration ?

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, le dommage, qui doit porter atteinte à un droit véritable, doit être direct, matériel et anormal.

1° Dire que le dommage doit être direct, c'est exclure le dommage éventuel et exiger la preuve du lien de cause à effet entre le travail et l'ouvrage et le dommage. Nous avons vu que le dommage peut résulter non seulement du travail ou de l'ouvrage, mais même de l'inexécution du travail ou du non-entretien de l'ouvrage (22).

2° L'exigence d'un dommage matériel est courante en matière administrative. Mais nous savons que cette notion y est appliquée avec une souplesse particulière. Il ne suffirait pas, naturellement, pour qu'une indemnité soit accordée, que le travail porte atteinte au seul agrément du propriétaire lésé (23). Il faut qu'il y ait une atteinte aux droits mêmes, par exemple au droit de propriété. De nombreux arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits illustrent la portée de la notion de matérialité. Ainsi, il y a un dommage matériel, lorsque les travaux publics ont pour conséquence d'exposer la propriété du tiers à des infiltrations (24), ou à des déversements d'eaux mé-

(20) C.E. 15 décembre 1932 et 5 mai 1933, D.H. 1933, 354.
(21) Saillie d'une bouche d'eau : C.E. 5-2-1936, Gaz. Pal. 1936, sommaires 27.
(22) C.E. 10 février 1905, Lebon, p. 155 ; 25 juin 1913, Lebon, p. 756 ; 25 juillet 1930, D.P. 1930-3-51 ; 27 juin 1930, D.P. 30-3-49 ; 27 novembre 1931, D.H. 1932, 88 ; 18 décembre 1931, D.P. 1932-3-33, etc...
(23) Voir Appleton, *op. cit.*, n° 225.
(24) C.E. 8 août 1896, Lebon, 679.

nagères (25), ou à de mauvaises odeurs provenant d'égoûts (26); ou de rendre dangereux l'accès d'un restaurant (27), ou de modifier de façon grave, par des dépôts d'ordures, les conditions d'habitation (28), cas qui peuvent se produire en matière de constructions d'hôpitaux.

3° Le caractère anormal du dommage est une condition indispensable de l'indemnité. Le dommage doit excéder notablement les inconvénients normaux du voisinage. L'administration, à ce point de vue, n'est pas à traiter avec moins d'égards que tout particulier. Elle ne doit une indemnité que pour le dommage spécial, ou anormal, qui excède ces inconvénients.

§ 4. — Les occupations temporaires

Les occupations temporaires constituent une matière connexe à la matière des travaux publics, puisque c'est à l'occasion de ces travaux qu'elles ont lieu. C'est un procédé, dont dispose l'administration — à condition qu'elle en ait obtenu l'autorisation par arrêté du Préfet — d'occuper temporairement la propriété privée, sauf les « propriétés attenantes aux habitations et closes ». L'occupation a lieu à temps (pour cinq années au plus) et moyennant indemnité.

C'est en vertu de l'alinéa 4 de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An VIII que le « Conseil de Préfecture prononcera sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux, et autres ouvrages publics ».

La matière ne soulève pas de difficultés particulières, la loi du 28 décembre 1892 étant venue réglementer dans le détail les conditions dans lesquelles l'occupation temporaire peut régulièrement avoir lieu, et le procédé à suivre en vue de la fixation de l'indemnité due au propriétaire. Nous renvoyons au texte.

(25) Confl. 4 décembre 1897, Lebon, 760 et C.E. 26 avril 1901, Lebon, 408.
(26) C.E. 6 juillet 1906, Lebon, 640 ; 3 mai 1911, Lebon, 504 ; C.E. 23 novembre 1906, S. 1907-3-65.
(27) C.E. 7 août 1903, R. 655.
(28) C.E. 25 janvier 1935, D.H. 1935, p. 200.

Au point de vue de la compétence, il importe, toutefois, de retenir que, suivant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, le Conseil de Préfecture ne peut connaître des contestations relatives aux occupations temporaires qu'à condition qu'elles soient régulièrement autorisées par le Préfet, que l'autorisation soit intervenue dans les limites tracées par la loi du 29 décembre 1892, que les formalités de notification prévues par cette loi aient été observées et que l'administration en ait profité dans les seuls buts en vue desquels le procédé a été institué (29).

Dans tous les autres cas, il faut conclure à l'atteinte injuste au droit de propriété des particuliers victimes de l'occupation administrative et, par conséquent, à la compétence exclusive des tribunaux judiciaires.

(29) Voir C.E. 30 juillet 1919, D.P. 1923-1-118 ; 22 juillet 1910, D.P. 1912-3-301 ; 14 février 1912, D.P. 1914-3-16 ; 16 novembre 1928, D.H. 1928, 611.

CONCLUSION

L'application de la théorie administrative de la responsabilité aux établissements publics hospitaliers ne soulève pas d'obstacles insurmontables. Nous pourrions nous en tenir pour satisfaits et fermer ce livre sur cette constatation.

Pourtant, ce serait renoncer aux enseignements que comporte le caractère jurisprudentiel et prétorien de cette théorie. Ce serait faire passer pour principe immuable ce qui n'est qu'un état dans l'évolution.

Certes, le Tribunal des Conflits, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont-ils dégagé un ensemble de règles de responsabilité administrative, qui se sont cristallisées dans un système cohérent et stable.

Mais « stable » n'est pas synonyme de « définitif ». Le propre de toute juridiction prétorienne n'est-il pas de faire du provisoire ?

Il importe, après l'étude spéciale que nous venons de faire, de souligner le dynamisme inhérent à cette théorie extra-légale de la responsabilité administrative. Cette théorie, en effet, n'est pas figée dans les formules sacramentelles des lois écrites. Elle est dégagée de l'entrave des textes et elle évolue parallèlement au progrès de la science et au changement des mœurs. Bref, elle est modelée sur le besoin.

On a souvent reproché au Conseil d'Etat le laconisme des motifs, qui caractérise ses arrêts, et on a interprété comme un manque de rigueur juridique les ambiguïtés que révèle l'ensemble de sa jurisprudence. Mais on a répliqué non sans raison que le Conseil d'Etat, dans une certaine mesure, crée le droit, sous la poussée de besoins toujours nouveaux, et qu'il ne peut

créer une fois pour toutes et d'une seule pièce des systèmes définitifs. Il innove suivant le besoin, par tâtonnements.

En conséquence, dans une conclusion en matière de responsabilité administrative, ce qu'il reste à faire, après avoir fait dans l'évolution la coupe de l'actualité, c'est examiner les tendances et les forces en présence, en vue de déterminer le sens et les objectifs rapprochés de cette évolution.

*
**

Tout au cours de notre étude, nous avons eu à relever, presqu'à chaque pas, que deux tendances cherchent, à l'heure actuelle, à s'imposer en matière de responsabilité administrative.

L'une, issue du sein même du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, tend vers la reconstitution d'un contentieux judiciaire au moyen d'une scission opérée dans le contentieux administratif autour des concepts, qui se précisent chaque jour davantage, de la gestion privée et de l'établissement public industriel.

L'autre, issue de la jurisprudence judiciaire, ainsi que de la doctrine, et portée dans la discussion doctrinale des bases mêmes de la théorie administrative, tend à substituer à la notion de faute celle, plus générale, de risque.

La première touche la question de compétence, la seconde la question du fond du droit à indemnité.

Citons encore, pour mémoire, une troisième tendance d'envergure plus restreinte, qui apparaît dans la doctrine administrative : l'assimilation en matière de marchés de fournitures administratifs, des services publics décentralisés à l'Etat. C'est un point sur lequel — peut-être sous l'influence de la première tendance, que nous venons de signaler — la théorie administrative n'a pu atteindre son plein épanouissement. La distinction traditionnelle du contentieux des fournitures de l'Etat, pour lesquelles le principe de la compétence administrative est admis, et du contentieux des fournitures des autres administrations publiques, pour lesquels il devrait l'être au même titre, ne se justifie plus, depuis que, dans d'autres domaines, il a été maintes fois reconnu que les établissements publics, les communes et les départements exercent, de même que l'Etat, quoique dans

une mesure moindre, des prérogatives de puissance publique. En fait, bien souvent, les cahiers des charges de ces services décentralisés contiennent des clauses conférant à l'administration des droits exorbitants.

Mais cette question particulière au domaine des fournitures n'atteint pas l'importance que revêtent la question de la compétence et celle du fondement de la responsabilité administrative en général. Comment les notions de gestion privée et d'établissements publics industriels pourront-elles influer sur l'évolution de la compétence administrative, notamment en matière hospitalière ? Dans quelle mesure la notion de risque pourra-t-elle se substituer à la notion de faute, comme fondement de la responsabilité administrative ?

*
**

Dès avant la guerre de 1914-1918, la force inhérente au principe ancien, mais insuffisamment exploré de la séparation des pouvoirs, force qui a jailli à retardement, avait, du moins du côté du Conseil d'Etat, irrésistiblement envahi l'ensemble du contentieux de la responsabilité de l'administration, sauf en matière de fournitures, exception que nous venons de signaler. Mais les événements, c'est-à-dire les cas d'espèce, n'ont pas tardé à faire apparaître ce que parfois la distinction des compétences comportait d'artificiel et de forcé. On s'est souvenu, alors, du caractère spécial de la compétence administrative et on a ressenti le besoin d'examiner de plus près, le principe étant admis, la situation particulière de chaque service et même de chaque acte. La théorie de la gestion privée, en matière d'actes contractuels, et la théorie de l'établissement public industriel, en matière tant contractuelle que non-contractuelle, sont les résultats provisoires, mais imparfaits encore, de ces efforts.

L'imperfection n'est pas telle qu'il faille prévoir, dans un avenir rapproché l'abandon de ces thèses. Au contraire, elles sont susceptibles d'amendement. Mais cet amendement doit être recherché moins dans l'extension de leur utilisation, que dans la distinction des conditions à remplir par les personnes qui pourront les invoquer.

A ce point de vue, il nous semble que la théorie de la gestion privée constitue une concession suffisante à la compétence ordinaire. Elle ne vise que les relations contractuelles, celles qui se forment entre l'administration et celui qui traite avec elle, l'usager, l'entrepreneur, le personnel auxiliaire. Elle ne s'applique que dans le domaine de la convention intervenue, ne modifiant rien à la compétence administrative en dehors de ce domaine.

La théorie des établissements publics industriels, par contre, telle qu'elle est actuellement appliquée, ne fait plus aucune distinction entre les personnes qui contractent avec l'administration et celles qui sont atteintes par son activité en dehors du contrat. Nous renvoyons aux explications que nous avions l'occasion de fournir à cet égard.

Que le service public industriel accepte de traiter suivant les modes du droit privé (situation réalisée en matière de gestion privée), ou même qu'il soit réputé de plein droit traiter suivant ces modes (situation réalisée en matière d'établissements publics industriels), il n'y a souvent que des avantages à souscrire à ces innovations. Mais, que le tiers, qui n'a nullement traité avec l'administration et qui ne voit en elle que la personne morale administrative, soit obligé, avant d'agir par la voie juridictionnelle, d'approfondir la nature de l'acte qui lui a porté préjudice pour déterminer la juridiction, civile ou administrative, à laquelle il devra s'adresser, voilà qui est nettement excessif et arbitraire !

Quelle que soit la nature du service administratif, nous estimons que le particulier lésé, en matière extracontractuelle, devrait toujours pouvoir agir devant une seule et même juridiction, la juridiction administrative.

Au point de vue de la théorie de la responsabilité, la réalisation de ces desiderata ne manquerait pas de simplifier notablement le problème souvent ardu de la compétence et le particulier courrait, en conséquence, des risques bien moindres de se voir débouter pour incompétence.

La solution que nous préconisons est amplement justifiée par cette considération primordiale, qu'il n'y a pas un seul litige, réserve faite de la gestion privée du domaine, dans lequel l'ad-

ministration n'apparaisse comme une personne munie de prérogatives spéciales. Seuls les tribunaux administratifs connaissent exactement les limites et le sens de la domination qu'impliquent ces prérogatives. Seuls, ils devraient connaître des litiges en question.

Comment la question se pose-t-elle en matière hospitalière ?

L'établissement public hospitalier n'est pas un champ d'expérimentation utile pour le développement de la notion du service public industriel. Nous l'avons montré. Quelles sont d'abord les possibilités ?

En matière hospitalière, l'évolution, à ce point de vue, ne nous paraît susceptible d'atteindre que cette catégorie d'administrés qui a son pendant dans la vie civile : les malades payants. Mais, le principe d'unité, qui s'oppose à ce que le service soit traité tantôt comme service public, tantôt comme service public industriel, nous oblige à restreindre cette application possible de la notion des services publics industriels aux cliniques hospitalières entièrement réservées aux payants.

Toutefois, remarquons que cette dernière restriction pourrait devenir sans objet au cas où, suivant la distinction que nous préconisons, la jurisprudence limiterait les effets de la notion d'établissement public industriel aux seules relations se formant avec l'usager du service, c'est-à-dire avec les malades payants eux-mêmes. Mais, il y a là, rappelons-le encore, toute une évolution à faire.

Voilà les possibilités. Mais quelle utilité y aurait-il à créer, au sein des hôpitaux qui, nécessairement, ne s'occupent des payants qu'à titre accessoire, des services obéissant à des principes autres que les services principaux ? Comment justifier cette dualité de gestions, de principes, de compétences dans une même activité, dont, somme toute, la seule originalité consiste dans un fait indépendant de la nature du service, le paiement direct des frais ?

Cette dualité ne saurait se justifier à notre avis. Elle n'entraînerait qu'une complication inutile de la gestion.

Au surplus, la juridiction administrative, qui aujourd'hui, pour la presque totalité des litiges intéressant les établissements

publics hospitaliers, offre la garantie du double degré de juridiction, possède une organisation suffisante pour appliquer le droit écrit dans les situations voisines du droit privé.

*
**

Cette première tendance, que nous venons de relever en matière de responsabilité administrative et qui vise à opérer une scission dans le contentieux administratif, n'a rien de commun avec cette autre tendance, soutenue plus particulièrement par une partie de la doctrine et qui vise au remplacement de la responsabilité pour faute par la responsabilité pour risque.

Cette deuxième tendance a-t-elle des chances de triompher en matière administrative ? Elle peut s'enorgueillir de certaines réalisations, dans des matières, il est vrai, assez particulières : dommages causés par les travaux publics, risques professionnels, brusque congédiement de fonctionnaires.

Deux questions se posent : Est-il nécessaire de renoncer à la théorie de la responsabilité pour faute ? Son remplacement par la théorie de la responsabilité pour le risque est-il utile ?

Nous avions l'occasion d'expliquer que la responsabilité pour risque présuppose un principe d'obligation, en vertu duquel le risque doit être supporté par telle personne plutôt que par telle autre.

Dans le domaine non contractuel, cette hypothèse est réalisée en matière de violation des prescriptions légales ou réglementaires. Si l'administration omet d'exécuter ou de respecter ces prescriptions, elle engage sa responsabilité, le risque étant alors réalisé. Dans les autres matières, par contre, nous avons montré que la victime doit prouver non seulement l'infraction, mais aussi le degré de faute qu'elle comporte. Rappelons que la faute légère n'engage pas la responsabilité pécuniaire de l'administration. C'est précisément en cela que consiste la souplesse de la théorie de la faute. Dans la théorie du risque, l'infraction entraîne automatiquement la responsabilité.

En dehors de la responsabilité pour violation de la légalité, la responsabilité pour risque n'est pas pratiquable, parce que

le principe de l'assurance dont elle est la contre-partie ne convient pas pour les activités complexes.

En matière de contrat, la responsabilité pour risque ne se conçoit qu'en tant qu'elle est expressément convenue. Mais, chaque partie ne saurait se charger que des risques indépendants de la volonté du co-contractant. L'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat constitue une faute. L'exclusion de l'idée de risque en matière de responsabilité pour mauvaise exécution du contrat constitue une conséquence nécessaire du principe de l'égalité des parties.

Malgré l'extension qu'est susceptible de prendre la responsabilité pour le risque, on ne saurait donc se passer de la notion de faute. La notion de risque ne peut fonder la responsabilité générale de l'administration ; elle ne convient que dans des hypothèses spéciales.

N'est-il pas significatif de constater que, même dans les matières où d'ores et déjà elle est établie, la responsabilité pour faute subsiste dans une certaine mesure : ainsi, en matière d'assurances sociales, l'administration peut encourir une responsabilité basée sur sa faute pour avoir omis de faire la déclaration de ses salariés ou de verser les cotisations, etc...

Au demeurant, la responsabilité pour faute, complétée dans certaines hypothèses spéciales par la responsabilité pour risque, n'est pas aussi insuffisante que certains auteurs le font accroire.

La responsabilité de l'administration doit être conçue de telle façon qu'elle réalise une sorte d'équilibre entre l'intérêt légitime du particulier et une protection suffisante du patrimoine administratif. Or, les tribunaux administratifs sont parfaitement à même, à l'heure actuelle, de réaliser ce but.

Notons d'abord que la preuve de la faute de service est notablement allégée par le fait que l'instruction des affaires devant les tribunaux administratifs est faite par le juge lui-même, qui jouit d'un pouvoir d'investigation étendu. Notamment, il peut prendre connaissance des pièces et dossiers administratifs. — Ensuite, les tribunaux administratifs jugent en équité. Ils accordent les indemnités qu'ils jugent appropriées en vertu d'une appréciation souveraine des circonstances de chaque cause dé-

terminée. Il n'y a donc pas lieu de craindre que les particuliers touchent des indemnités insuffisantes. — Notons, enfin, la tendance actuelle du Conseil d'Etat de multiplier, dans l'intérêt des victimes, les cas de cumul de responsabilité, supprimant ainsi les inconvénients signalés par certains auteurs et résultant de l'irresponsabilité absolue de l'administration en cas de faute personnelle de l'agent.

Concluons de tout ceci, que le principe de la responsabilité administrative ne saurait d'une manière générale évoluer de la faute au risque, mais que, tout au plus, dans certaines matières spéciales, il pourrait continuer l'évolution que depuis quelques années, il a esquissée.

Quelles sont plus particulièrement en matière hospitalière les chances de cette évolution vers la responsabilité pour le risque ?

Dans les rapports avec les entrepreneurs et fournisseurs, rapports contractuels, le principe du risque ne tire pas à conséquence. Nous le rappelons. Tout dépend de la convention des parties.

En dehors du domaine contractuel, le service public hospitalier ne pourra, rationnellement, être responsable en vertu d'une notion de risque que dans les matières où il y a des raisons légitimes d'admettre que le dommage doit être supporté plutôt par lui que par la victime. Quelles sont ces matières ?

Dans les relations avec les administrés, la théorie de risque ne saurait être acceptée. Les dommages que subissent les malades au cours de leur séjour à l'hôpital ne se rattachent pas nécessairement à l'activité hospitalière. Ils peuvent souvent être considérés comme des conséquences directes de l'état physique ou mental du malade. L'activité médicale s'exerce, nous l'avons établi, sans garantie de succès.

Pourrait-on admettre qu'en dehors du traitement médical l'hôpital doive assumer le risque des dommages susceptibles d'atteindre les malades ? Rationnellement, il ne serait pas impossible de l'admettre. Par exemple, on dirait que le risque de suicide ou d'évasion de malades incomberait automatiquement à l'administration. Mais il est facile de se rendre compte que, pratiquement, il faut renoncer à pareille extension de la

responsabilité pour risque. Même en dehors du traitement médical, les dommages subis par les malades ont souvent leur cause dans leur état de santé précaire, comportant, indépendamment de l'activité hospitalière, un risque de dommage. Ajoutons qu'il est matériellement impossible que l'administration assure à ses administrés une surveillance telle que pareils dommages soient évités avec certitude.

Il n'y a aucune raison légitime, en conséquence, d'admettre *à priori*, en cette matière, que l'administration doive se charger de tous risques et dommages. En d'autres termes, il est indispensable d'établir si le dommage se rattache à une faute de service.

Les mêmes solutions doivent être admises quant aux personnes qui sans être malades ne peuvent être considérées comme valides (enfants mineurs, vieillards, etc...).

Remarquons que l'administré, qui se trouve dans une certaine mesure sous la protection de l'administration, garde néanmoins son initiative. Il continue à jouir de ses droits et à les exercer dans la mesure où leur exercice est compatible avec le bon fonctionnement du service. Les dommages qu'il subit en dehors de toute faute de l'administration pourront très souvent être imputés à sa propre activité ou à sa propre négligence.

Cette considération à elle seule, en pure équité, exclut la prise en charge du risque par l'administration.

Quant aux dommages causés aux biens appartenant aux malades, matière moins importante, l'idée de risque paraît avoir de toutes autres possibilités de s'imposer comme fondement de la responsabilité de l'administration. Nombreux sont les cas, dans lesquels il faudra admettre en faveur de l'administré le principe du dépôt nécessaire. Dès aujourd'hui, il faut reconnaître que l'administration est dépositaire des objets mobiliers apportés par le malade, dans les cas où, en raison de son état physique ou mental, il ne peut lui-même assurer leur conservation. Elle assume une véritable garantie à cet égard. Par contre, en dehors de ce cas, nous estimons que la responsabilité pour risque ne saurait se justifier qu'à la condition que

l'intéressé se conforme exactement aux prescriptions édictées par la commission administrative. Ainsi, l'administration, à moins de commettre une faute de service, ne saurait être responsable que si le malade a effectivement remis les objets apportés entre les mains des agents compétents .

La question se présente sous un jour un peu différent dans la matière des relations avec le personnel. La théorie du risque, dans ce domaine, a reçu une importante consécration législative dans le domaine du risque professionnel (accidents du travail et assurances sociales), de nombreuses consécrations réglementaires en matière de statuts, de pensions de retraite, etc., et même une consécration jurisprudentielle en matière de brusque congédiement .

Il est possible, dans tous ces domaines, de réaliser une certaine extension de la responsabilité basée sur le risque. Il est souhaitable, par exemple, que le personnel hospitalier bénéficie d'une définition particulièrement large des maladies professionnelles, puisque, à l'hôpital, au contact des malades, il est exposé à un risque de maladie particulièrement grave, risque qui n'est pas toujours couvert d'une manière suffisante par les assurances sociales. Celles-ci, au surplus, n'atteignent pas l'ensemble du personnel.

En matière statutaire, il paraît difficile d'admettre que la jurisprudence inaugure de toutes pièces à l'occasion des nominations, de l'avancement, des sanctions disciplinaires, des retraites, etc... une responsabilité pour risque analogue à celle qu'elle a créé en matière de brusque congédiement. Par contre, l'administration elle-même, en vertu de son pouvoir réglementaire, tend de plus en plus à accorder à ses agents certaines garanties statutaires de stabilité, d'avancement automatique à l'ancienneté, etc... Le statut n'est-il pas la charte du risque accepté par l'administration ! Le législateur lui-même, largement sollicité depuis de longues années, finira probablement par consacrer cette tendance.

Mais, en réalité, nous n'assistons pas, en l'occurrence, à la transformation d'un contentieux pour faute en un contentieux pour risque. C'est un contentieux nouveau qui s'instaure : le contentieux de l'inobservation de prescriptions statutaires

nouvelles. En effet, le fonctionnaire, qui n'a pas de garantie statutaire, n'a aucun droit à exercer, aucune responsabilité à invoquer à l'encontre de l'administration.

Enfin, le domaine des relations avec les tiers est le plus propice à la responsabilité pour risque. Depuis de longues années, en matière de travaux publics, le législateur a consacré cette responsabilité en cas de dommages causés aux tiers. Il y a de fortes chances qu'elle s'étende davantage. Il faut, bien entendu, poser comme condition que le tiers agisse de son propre chef et non comme ayant droit de l'administré, du personnel ou de l'entrepreneur. Ainsi, l'établissement ne saurait encourir au profit des parents d'un administré blessé ou mutilé par la faute de l'administration une responsabilité plus forte qu'envers le malade lui-même.

L'extension possible de la responsabilité pour risque ne va-t-elle pas porter, dans les matières où elle pourra s'affirmer, un coup mortel à la distinction fondamentale de la faute personnelle et de la faute de service ? Evidemment oui, dans les rapports de l'administration et de la victime invoquant la garantie, puisque l'administration est tenue en dehors de toute considération de faute.

Mais en sera-t-il de même dans les relations entre l'administration et son agent ? Ici, en tout état de cause, la distinction devra conserver toute sa valeur. Si le dommage est dû à une faute personnelle de l'agent, les principes les plus élémentaires de la moralité administrative exigent que la commission administrative, qui aura indemnisé la victime, puisse se retourner contre l'agent. Telle serait la conséquence nécessaire de la couverture du risque par l'administration.

Dans son ensemble, cette solution, tout en grevant nécessairement les patrimoines administratifs dans une plus forte mesure que par le présent, ne serait pas, à notre avis, ruineuse.

Mais soulignons qu'il y aurait une condition primordiale à l'avènement de pareil système, vivement recommandé par M. Duez : les tribunaux administratifs devraient tout d'abord renoncer à leur jurisprudence déclarant non-recevables les recours de l'administration contre les agents. Or, cette jurisprudence, jusqu'à nouvel ordre, reste solidement ancrée, en

dépit du nombre croissant des cas de cumul de responsabilité admis par le Conseil d'Etat.

***

Telles sont les voies dans lesquelles paraît s'engager la responsabilité administrative en matière hospitalière. Nous assistons, en vérité — il n'y a pas à s'y tromper — à un effort de rapprochement vers la responsabilité du droit commun. Mais cet effort ne paraît devoir aboutir que dans certains domaines spéciaux bien délimités. Il n'aura pas pour effet de renverser le principe de la compétence administrative en général. Tant que la théorie de l'administration publique ne se rapproche pas de la théorie de la personne juridique de droit commun — et les efforts auxquels nous assistons dans la jurisprudence actuelle paraissent devoir produire juste le contraire, une différenciation plus nette et plus profonde — il n'y a pas de possibilité, à notre sens, que les principes de la responsabilité administrative basée sur la faute de service évoluent vers la responsabilité du droit commun, car ils réalisent une transaction d'équité entre l'intérêt légitime de l'individu et l'intérêt collectif de la population toute entière, intérêt collectif qui s'identifie avec la protection du patrimoine administratif.

Vu :

Strasbourg, le 11 mai 1937.

Le Président de la Thèse,

Marcel PRÉLOT.

Vu :

Strasbourg, le 14 mai 1937.

Le Doyen de la Faculté :

J. DUQUESNE.

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 19 mai 1937.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

J. DRESCH.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

Raphaël Alibert. — Le contrôle juridictionnel de l'administration. Paris, 1926.

Jean Appleton. — Traité élémentaire du contentieux administratif. Paris, 1927. Supplément 1936.

H. Berthélemy. — Traité élémentaire du droit administratif. 13e édition. Paris, 1933.

Albert Chéron. — De l'actionnariat des collectivités publiques. Paris, 1928.

Th. Ducrocq. — Cours de droit administratif. Paris, 1905.

Paul Duez. — La responsabilité de la puissance publique. Paris, 1927.

Pierre de Font-Réaulx. — Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs. Paris, 1930.

Maurice Hauriou. — Précis de droit administratif. 11e édition. Paris, 1927.

Gaston Jeze. — Contrats administratifs. Paris, 1927.

Georges Lahillonne. — La gestion privée des services publics. Thèse, Toulouse, 1931.

Roland Maspétiol et Pierre Laroque. — La tutelle administrative. Paris, 1930.

Michoud et Trotabas. — Théorie de la personnalité morale. 1924.

Louis Rolland. — Précis élémentaire de droit administratif français. Paris, 1934.

Jean Spach. — Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite. Thèse, Strasbourg, 1936.

M.-E. Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, 1931.

Teissier. — La responsabilité de la puissance publique.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

Jules Baby. — Le statut de l'indigent. Thèse, Toulouse, 1910.
Boyer et Durand. — Le secret professionnel et la médecine de demain. Paris, 1931.
C. Caillol-Borgeaud. — La situation de l'infirmière. Paris, 1936.
M.-A. Canitrot. — Du droit au secours. Dans quelle mesure il existe en France. Thèse, Paris, 1912.
Edouard Campagnole. — L'assistance médicale gratuite. Paris-Nancy, 1920.
— L'assistance obligatoire aux vieillards, infirmes et incurables. 3e édition. Paris-Nancy, 1924.
Cros-Mayrevieille. — Traité de l'assistance hospitalière. Paris-Nancy, 1912.
Derouin et Gory. — Traité théorique et pratique d'assistance publique. 3e édition. Paris, 1914.
Jean Gabriel. — Contribution à l'étude du secret médical au point de vue juridique. Thèse, Bordeaux, 1932.
Paul Garnal. — Au service de la Santé publique. Paris, 1933.
Gustave Gimbert. — Notions pratiques d'administration hospitalière. Le Puy, 1922.
Gouachon et Mouret. — Manuel pratique d'assistance. 2e édition. Lyon, 1926.
— Memento pratique d'assistance. Lyon, 1937.
G. Humbert. — Le secret médical devant les nouvelles lois sociales. Paris, 1929.
G. Monsarrat. — Contrats et concessions des communes et des établissements de bienfaisance. Paris, 1920.
Perraud-Charmentier. — Le secret professionnel, ses limites et ses abus. Paris, 1925.
Pierre Picot. — Le respect du secret médical dans les déclarations de l'état civil. Paris, 1930.
Adrien Pommerol. — La responsabilité médicale devant les tribunaux. Lille-Paris, 1931.

III. — REVUES

Revue du Droit public.

Voir notamment les articles de M. Gaston Jèze sur le contrat administratif de louage de services personnels, 1926,

et sur le contrat administratif en général ; l'article de M. Trotabas sur la responsabilité de l'Etat, 1932, et l'article de M. Delbez sur l'excès de pouvoir comme source de responsabilité, 1932.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence.

Voir notamment Paul Duez : La théorie de la gestion privée, 1924.

Revue générale d'administration.

Voir notamment Salmon : Du caractère imposable des hôpitaux et hospices payants, 1899.

Revue des Etablissements de Bienfaisance et d'Assistance. Paris, 1885 à 1937.

Revue des Hôpitaux. Lyon, 1920 à 1937.

Revue Hospitalière de France. Lyon, 1936 à 1937.

La Vie communale et départementale. Paris, 1925 à 1937.

Revue philanthropique. Paris, 1898 à 1937.

Le Médecin de France. Paris, 1891 à 1937.